



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 3, Part 3

2020, Vol. 3, 3^e fascicule

Cited as [2020] 3 F.C.R., {⁴¹¹⁻⁶⁸⁶
i-lxxvi

Renvoi [2020] 3 R.C.F., {⁴¹¹⁻⁶⁸⁶
i-lxxvi

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

EMMA KALY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2021.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2021.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Judgments	411–686
Title page	i
List of Judges	iii
Appeals noted	xv
Table of cases reported in this volume	xix
Contents of the volume	xxiii
Table of cases digested in this volume	xxxii
Cases cited	xxxv
Statutes and regulations cited	liiii
Treaties and other instruments cited	lxix
Authors cited	lxxiii

Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Office of the Chief Military Judge) (F.C.) 411

Armed Forces—Judicial review of decision adjourning trial of respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, following Deputy Chief Military Judge's recusal without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge—Applicant seeking writ of *mandamus* forcing Deputy Chief Military Judge, with jurisdiction to allocate set out in *National Defence Act* (NDA), s. 165.25 to assign military judge from among other eligible military judges to preside at Court Martial—Alternatively, applicant seeking writ of *certiorari* for purposes of setting aside non-assignment decision—Respondent cited for Standing Court Martial (Court Martial)—Having to defend himself against fraud, false statement charges in official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because allegedly had personal relationship with non-commissioned officer, a court reporter who was apparently under his command—While respondent entitled to be tried within reasonable time in fair, public hearing by independent, impartial tribunal under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), ss. 11(b),(d), issue arising as to whether there was a military judge who could be assigned by Deputy

Continued on next page

SOMMAIRE

Jugements	411–686
Page titre	i
Liste des juges	ix
Appels notés	xv
Table des décisions publiées dans ce volume	xxi
Table des matières du volume	xxvii
Table des fiches analytiques publiées dans ce volume	xxxiii
Jurisprudence citée	xlv
Lois et règlements cités	lxi
Traités et autres instruments cités	lxxi
Doctrine citée	lxxv

Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Cabinet du juge militaire en chef) (C.F.) 411

Forces armées—Contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint—Le demandeur recherchait l'émission d'un bref de *mandamus* pour forcer le juge militaire en chef adjoint, investi du pouvoir d'attribution prévu à l'art. 165.25 de la *Loi sur la défense nationale* (LDN), de désigner un juge militaire parmi les autres juges militaires éligibles pour présider la Cour martiale—Subsidiairement, le demandeur recherchait l'émission d'un bref de *certiorari* aux fins de casser la décision de non-désignation—Le défendeur a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale)—Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement—Quoique le défendeur avait le droit d'être jugé dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Chief Military Judge to preside at Court Martial without reasonable apprehension of bias arising—In addition, respondent had opted for proceedings to be in French—Three potential candidates from current contingent of military judges—Applicant adopting clear, frank, unequivocal position allowing federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever: Deputy Chief Military Judge had legal obligation, under NDA, s. 165.25, to appoint replacement from other military judges, regardless of whether there were recusal reasons or insufficient language skills for each of them—Respondents challenging application for judicial review, submitting that impugned decision not reviewable, that Federal Court having no jurisdiction pursuant to *Federal Courts Act*, s. 18.5—Main issues: whether Federal Court having jurisdiction under *Federal Courts Act*, s. 18.5; whether impugned decision reviewable; what was correct interpretation of NDA, s. 165.25; whether impugned decision reasonable; whether Court having to exercise its judicial discretion with respect to issuance of writ of *mandamus*, remedial action—Under *Federal Courts Act*, ss. 18, 18.1, Federal Court having exclusive original jurisdiction to issue, among other things, *certiorari*, *mandamus* orders against any federal board, commission or other tribunal, which applicant seeking in present case—Although military judge having same immunity from liability as judge of superior court of criminal jurisdiction (NDA, s. 165.231), not persons appointed under *Constitution Act, 1867*, s. 96—Since decision to assign military judge to preside at court martial constituting presumed exercise of jurisdiction set out in NDA, s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, reviewable by Federal Court—As for recusal decision, not falling under one of reasons listed in NDA, s. 230.1 providing for Minister's right to appeal to Court Martial Appeal Court—Since *Federal Courts Act*, s. 18.5 mentioning that it is “if an Act of Parliament expressly provides for an appeal”, would be contrary to wording of Act, to interest of administration of justice for Federal Court not to exercise its jurisdiction under *Federal Courts Act*, ss. 18, 18.1—It was therefore necessary to dismiss any declinatory exception to jurisdiction based on *Federal Courts Act*, s. 18.5—Applicant's narrow, restrictive interpretation of power under NDA, s. 165.25, namely, that s. 165.25 not granting any discretion, that assignment of military judge automatic not agreed with—Constitutional interpretation of NDA, s. 165.25 had to implicitly include legal limitation that exercise of power to assign must be consistent with *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, not result in miscarriage of justice for accused—Impugned decision reasonable in all respects; not otherwise containing reviewable error of law or fact affecting ultimate result, justifying Court's intervention—Evidence in record amply supported apprehension of bias or injustice raised by Deputy Chief Military Judge—With respect to doctrine of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'issue d'un procès juste et équitable en vertu des art. 11b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), la problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève une crainte raisonnable de partialité—De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français—Il y avait trois candidats potentiels parmi le contingent actuel de juges militaires—Le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral : le juge militaire en chef adjoint avait l'obligation légale en vertu de l'art. 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci—Les défendeurs contestaient la demande de contrôle judiciaire soumettant que la décision contestée n'était pas révisable et que la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* et si la décision contestée était révisable; quelle était l'interprétation correcte de l'art. 165.25 de la LDN; si la décision contestée était raisonnable; et si la Cour devait exercer sa discrétion judiciaire en matière d'émission de bref de *mandamus* et de réparation judiciaire—En vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de *certiorari* et de *mandamus* contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur—Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale—Quant à la décision de récusation, elle ne paraissait pas s'inscrire dans un des motifs mentionnés à l'art. 230.1 de la LDN prévoyant le droit du ministre d'en appeler à la Cour d'appel de la cour martiale—Puisque l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* mentionne que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Il fallait donc écarter tout moyen déclinatoire de compétence fondé sur l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*—On ne pouvait souscrire à l'interprétation restrictive et limitative du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

necessity, could not apply in context of criminal or military justice where fundamental rights of accused may have been irreparably compromised—Concerning rule of law, if Deputy Chief Military Judge made concrete decision to adjourn matter before Court Martial, to not assign replacement judge, such decision was first, foremost to ensure rule of law, to preserve accused's right to fair trial before impartial, independent tribunal—In short, no excess of jurisdiction or usurpation of power committed by Deputy Chief Military Judge; challenged decision reasonable in all respects—Consequently, no need to grant writ of *certiorari* or writ of *mandamus*—All remedies sought by applicant disallowed in order to ensure rule of law, to avoid committing flagrant injustice, to protect respondent as accused from irreparable damage—Application dismissed.

Federal Court Jurisdiction—Respondents challenging judicial review of decision adjourning trial of respondent Colonel Dutil, Chief Military Judge, following recusal of Deputy Chief Military Judge, but without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge—According to respondents, impugned decision not reviewable, Federal Court not otherwise having jurisdiction under *Federal Courts Act*, s. 18.5—Whether Federal Court having jurisdiction under *Federal Courts Act*, s. 18.5—Whether impugned decision reviewable—Under *Federal Courts Act*, ss. 18, 18.1, Federal Court has exclusive original jurisdiction to issue, among other things, *certiorari*, *mandamus* orders against any federal board, commission or other tribunal, which applicant seeking in this case—Broad definition found in *Federal Courts Act*, s. 2 applied to impugned decision, encompassed exercise (even non-exercise) of all jurisdiction or power set out in a federal Act—Although military judges having same immunity from liability as judges of superior court of criminal jurisdiction, not persons appointed under *Constitution Act, 1867*, s. 96—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pouvoir prévu à l'art. 165.25 que suggérait le demandeur, à savoir que l'art. 165.25 n'accorde aucune discrétion et que la désignation d'un juge militaire est automatique—Une interprétation se voulant constitutionnelle de l'art. 165.25 de la LDN devait comprendre, de manière implicite, la limitation légale selon laquelle l'exercice du pouvoir de désignation doit être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pas entraîner un déni de justice à l'accusé—La décision contestée était raisonnable à tous égards et elle n'était pas autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de la Cour—La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint—En ce qui concerne la doctrine de la nécessité, elle ne pouvait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé pouvaient être irrémédiablement compromis—Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant, c'était d'abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant—En somme, il n'y a eu aucun excès de compétence ou usurpation de pouvoir du juge militaire en chef adjoint, et la décision contestée était à tous égards raisonnable—Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'accorder un bref de *certiorari* ou un bref de *mandamus*—Tous les remèdes recherchés par le demandeur ont été refusés afin d'assurer la primauté du droit et d'éviter qu'une injustice flagrante soit commise et qu'un tort irréparable soit causé au défendeur en tant qu'accusé—Demande rejetée.

Compétence de la Cour fédérale—Les défendeurs contestaient la demande de contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil, juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint—Selon les défendeurs, la décision contestée n'était pas révisable et la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*—La Cour fédérale avait-elle compétence en vertu de l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*?—La décision contestée était-elle révisable?—En vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de *certiorari* et de *mandamus* contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur—La définition large que l'on retrouve à l'art. 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* s'appliquait à la décision contestée et englobait l'exercice (voire le non-exercice) de toute compétence ou

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Since decision assigning military judge to preside at court martial, to conduct judicial hearings constituting presumed exercise of jurisdiction set out in *National Defence Act* (NDA), s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge reviewable by Federal Court—Furthermore, not clear that recusal decision itself appealable under NDA—Since Parliament took trouble to mention in *Federal Courts Act*, s. 18.5 that if Act of Parliament expressly providing for appeal, would be contrary to wording of Act, to interest of administration of justice for Federal Court not to exercise jurisdiction under *Federal Courts Act*, ss. 18, 18.1 because right of appeal could implicitly exist under NDA.

Judges and Courts—Respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, cited for Standing Court Martial (Court Martial)—Respondent having to defend himself against fraud, false statement charges in official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because allegedly had personal relationship with non-commissioned officer, a court reporter who was apparently under his command—Respondent's trial adjourned following recusal of Deputy Chief Military Judge, but without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge—Whether military judge existing who could be assigned by Deputy Chief Military Judge to preside at Court Martial without reasonable apprehension of bias arising—Furthermore, respondent opted for his proceedings to be in French—Applicant adopting clear, frank, unequivocal position allowing federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever: Deputy Chief Military Judge having legal obligation, under NDA, s. 165.25, to appoint replacement from other military judges, regardless of whether recusal reasons or insufficient language skills existing for each of them—Although military judges have same immunity from liability as judges of superior court of criminal jurisdiction (NDA, s. 165.231), not persons appointed under *Constitution Act, 1867*, s. 96—Since decision to assign military judge to preside at court martial constituting presumed exercise of jurisdiction set out in NDA, s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, reviewable by Federal Court—Applicant's narrow, restrictive interpretation of power under NDA, s. 165.25 not agreed with, that is, that s. 165.25 not granting any discretion, that assignment of military

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pouvoir prévu par une loi fédérale—Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle, il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la *Loi sur la défense nationale* (LDN), la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale—Par ailleurs, il n'était pas clair que la décision de récusation était elle-même appelable en vertu de la LDN—Puisque le législateur a pris la peine de mentionner à l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* parce qu'un droit d'appel pourrait implicitement exister en vertu de la LDN.

Juges et Tribunaux—Le défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale)—Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement—Son procès a été ajourné à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint—La problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève une crainte raisonnable de partialité—De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français—Le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral : le juge militaire en chef adjoint avait l'obligation légale en vertu de l'art. 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci—Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

judge automatic—Evidence in record amply supporting apprehension of bias or injustice raised by Deputy Chief Military Judge—With respect to doctrine of necessity, could not apply in context of criminal or military justice where fundamental rights of accused may have been irreparably compromised—Concerning rule of law, if Deputy Chief Military Judge made concrete decision to adjourn matter before Court Martial, to not assign replacement judge, it was first, foremost to ensure rule of law, to preserve accused’s right to fair trial before impartial, independent tribunal.

Loblaw Financial Holdings Inc. v. Canada (F.C.A.) . . . 481

Income Tax—Income Calculation—Foreign accrual property income—Appeal from Tax Court of Canada decision upholding Minister of National Revenue’s determination that income from appellant’s Barbados subsidiary, Glenhuron Bank Limited, foreign accrual property income (FAPI), appellant required to pay tax thereon—Glenhuron licensed as offshore bank under Barbados banking legislation—During taxation years at issue, Glenhuron’s funding increasing mainly through its own retained earnings—FAPI scheme requiring that passive income earned by Canadians in foreign corporation be included in Canadian shareholder’s income—Definition of “investment business” in *Income Tax Act* (ITA), s. 95(1) central to present appeal, setting out specific exclusions—One condition having to be satisfied in order to qualify for exclusion is arm’s length requirement—Tax Court finding, *inter alia*, Glenhuron principally conducting business with non-arm’s length persons—Consequently, its income was from investment business, required to be included in appellant’s income as FAPI—Tax Court determining that proper interpretation of arm’s length test in banking context requiring examination of bank’s activities from perspective of receipt, use of funds—Also concluding that all persons with whom Glenhuron conducted business should be taken into account—Whether Tax Court erring in concluding that Glenhuron not conducting business principally with arm’s length persons—Tax Court erring on arm’s length issue—Particular question to be determined was who did Glenhuron principally conduct business with—Receipts, uses not always necessary requirement to carry on banking business—Use of term “bank” in entity name, whether entity regulated, factors to be considered rather than actual activities conducted—Tax Court’s approach at odds with Supreme Court

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale—On ne pouvait souscrire à l’interprétation restrictive et limitative du pouvoir prévu à l’art. 165.25 que suggérait le demandeur, à savoir que l’art. 165.25 n’accorde aucune discrétion et que la désignation d’un juge militaire est automatique—La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d’injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint—En ce qui concerne la doctrine de la nécessité, elle ne pouvait s’appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l’accusé pouvaient être irrémédiablement compromis—Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision d’ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant, c’était d’abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l’accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant.

Loblaw Financial Holdings Inc. c. Canada (C.A.F.) . . . 481

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Revenu étranger accumulé, tiré de biens—Appel d’une décision par laquelle la Cour canadienne de l’impôt a confirmé la conclusion du ministre du Revenu national selon laquelle le revenu de la filiale de l’appelante à la Barbade, Glenhuron Bank Limited, était un revenu étranger accumulé, tiré de biens (REATB), et l’appelante était tenue de payer de l’impôt sur celui-ci—Glenhuron a obtenu une licence en tant que banque extraterritoriale en application de la législation bancaire de la Barbade—Au cours des années d’imposition en cause, le financement de Glenhuron a augmenté principalement grâce à ses propres bénéfices non distribués—Le régime du REATB exige que le revenu passif des Canadiens tiré d’une société étrangère soit inclus dans le revenu de l’actionnaire canadien—La définition d’« entreprise de placement » à l’art. 95(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (LIR), qui énonce des exclusions précises, était au cœur du présent appel—L’une des conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de l’une des exclusions est l’exigence d’une relation entre personnes sans lien de dépendance—La Cour de l’impôt a conclu entre autres choses que Glenhuron assurait la conduite de son entreprise principalement avec des personnes ayant un lien de dépendance avec elle—Par conséquent, ses revenus provenaient d’une entreprise de placement et devaient être inclus dans le revenu de l’appelante en tant que REATB—La Cour de l’impôt a conclu qu’une interprétation correcte du critère de l’absence d’un lien de dépendance dans un contexte bancaire exige que l’on examine les activités de la banque sous l’angle à la fois de la réception et de l’utilisation de fonds—Elle a également conclu que toutes les personnes avec lesquelles Glenhuron a mené une entreprise devaient être prises en compte—La question à trancher était de savoir si la Cour

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

decision in *Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Saskatchewan et al.*—Arm’s length test not requiring both business receipts, uses—Receipt side of business not implying element of competition, necessity for business receipts not meaning that exclusion not applying if business simply managing its own funds—Tax Court inferring purposive interpretation from unexpressed legislative intent—Emphasis on unexpressed intention of competition not appropriate here as FAPI scheme drafted with mind-numbing detail—Tax Court conflating rationale of legislation for purposes of general anti-avoidance rule analysis with purpose of legislation in statutory interpretation analysis—Parliament not explicitly requiring competition as element of foreign bank exclusion at issue—Tax Court not respecting principle that corporation, shareholders separate, distinct entities—Glenhuron’s FAPI limited to its income in relation to investment management services provided to non-arm’s length persons—Parliament not intending that foreign bank exclusion should be denied as result of support, oversight provided by parent corporation—Capital invested by appellant’s group not occupying time, attention of Glenhuron in any meaningful way—This approach consistent with long-standing case law—Reassessments referred back to Minister for reconsideration—Appeal allowed.

York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”) (F.C.A.) 515

Copyright—Infringement—Tariffs—Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s action to enforce interim tariff issued by Copyright Board under *Copyright Act*,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de l’impôt a commis une erreur en concluant que Glenhuron n’a pas mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle—La conclusion de la Cour de l’impôt sur la question de l’absence de lien de dépendance contenait des erreurs—La question particulière à trancher était de savoir avec qui Glenhuron menait principalement la conduite de son entreprise—La réception et l’utilisation de fonds ne constituent pas dans tous les cas une exigence nécessaire à l’exploitation d’une entreprise bancaire—L’utilisation du terme « banque » figurant dans le nom de l’entité et le fait qu’elle soit réglementée ou non sont les facteurs à prendre en considération, plutôt que les activités réelles qui sont menées—L’approche de la Cour de l’impôt allait à l’encontre de celle adoptée par la Cour suprême dans l’arrêt *Canadian Pioneer Management Ltd. et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*—Le critère de l’absence d’un lien de dépendance ne requerrait pas à la fois la réception et l’utilisation de fonds d’une entreprise—La réception de fonds de l’entreprise n’implique pas un élément de concurrence et la nécessité de la réception de fonds d’une entreprise ne signifie pas que l’exclusion ne s’applique pas si une entreprise gère simplement ses propres fonds—La Cour de l’impôt a déduit une interprétation téléologique d’une intention législative non exprimée—L’accent mis sur une intention non explicite de concurrence ne convenait pas en l’espèce, où il était question d’un régime du REATB élaboré minutieusement—La Cour de l’impôt a confondu la justification de la loi aux fins d’une analyse de la règle générale anti-évitement avec l’objectif de la loi dans le contexte d’une analyse de l’interprétation législative—Le législateur n’a pas explicitement exigé que la concurrence soit un élément de l’exclusion en cause accordée aux banques étrangères—La Cour de l’impôt n’a pas respecté le principe selon lequel une société et ses actionnaires sont des entités distinctes—Le REATB de Glenhuron était limité à son revenu lié aux services de gestion des placements fournis à des personnes ayant un lien de dépendance avec elle—Le législateur n’avait pas l’intention de refuser à une filiale l’exclusion accordée aux banques étrangères en raison du soutien et de la surveillance assurés par sa société mère—Le capital investi par le groupe de l’appelante n’occupait pas le temps et l’attention de Glenhuron de manière significative—Cette approche est conforme à une jurisprudence de longue date—Les nouvelles cotisations ont été renvoyées au ministre en vue d’un réexamen—Appel accueilli.

Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») (C.A.F.) 515

Droit d’auteur—Violation—Tarifs—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli l’action intentée par l’intimée pour faire exécuter un tarif

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

s. 68.2(1)—Respondent, collective society which administers reproduction rights in published literary works, collects royalties, distributes them to copyright holders—Appellant, Canada’s third-largest university—Both respondent, appellant parties to licence agreement permitting appellant’s professors to make copies of portions of textbooks, other published works in respondent’s repertoire—Later, given uncertainty about licence agreement renewal, respondent filing proposed tariff with Copyright Board for post-secondary educational institutions, applying to Board for interim decision—Asking that existing licensing regime continue to apply until Board certified tariff for period in question—Board finally issuing interim tariff, which incorporated licence agreement royalty rates—Appellant deciding to “opt out” of tariff—Appellant operating without benefit of licence from respondent, introducing its “Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff”—Relying on Guidelines to help avoid copyright infringement—Appellant’s faculty, staff copied significant amounts of material for which appellant paid no licence fees or royalties—In action against appellant, respondent claiming appellant had infringed copyright in works in its repertoire; therefore, liable for amounts specified in interim tariff—Whether final tariff enforceable or “mandatory”—Tariff approved by Copyright Board not “mandatory”—Collective society/tariff regime are means of regulating licensing schemes which, by definition, are consensual—While modifications made in statutory language used between 1936, 2012, continuous references to licensing schemes, retention of key elements of 1936 *Copyright Act* leaving little doubt that tariffs not mandatory—Thus, collective societies not entitled to enforce terms of their approved tariff against non-licensees—In conclusion, final tariff would not be enforceable against appellant because tariffs not binding non-licensees—Consequently, interim tariff also not binding—Acts of infringement not turning infringers into licensees so as to make them liable for payment of royalties—Therefore, validity of appellant’s Guidelines as defence to respondent’s action not arising because tariff not mandatory, respondent could not maintain copyright infringement action—Appeal from judgment on action to enforce interim tariff allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

provisoire homologué par la Commission du droit d’auteur en vertu de l’art. 68.2(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*—L’intimée est une société de gestion qui administre les droits de reproduction d’œuvres littéraires publiées, perçoit les redevances et les distribue aux titulaires de droits d’auteur—L’appelante est la troisième université en importance au Canada—L’intimée et l’appelante étaient parties à un contrat de licence qui permettait aux professeurs de l’appelante de copier des parties de manuels scolaires ainsi que d’autres œuvres publiées figurant dans le répertoire de l’intimée—Par la suite, parce qu’elle ne savait pas si le contrat de licence serait renouvelé, l’intimée a déposé un projet de tarif auprès de la Commission du droit d’auteur visant les établissements d’enseignement postsecondaire et a demandé une décision provisoire à la Commission—Elle a demandé le maintien du régime d’octroi de licences existant jusqu’à ce que la Commission homologue un tarif pour la période en question—La Commission a finalement établi un tarif provisoire, qui prévoyait des redevances dans le cadre d’un contrat de licence—L’appelante a décidé de « se soustraire » au tarif—L’appelante a exercé ses activités sans licence de l’intimée et a adopté ses « Lignes directrices sur l’utilisation équitable à l’intention des professeurs et du personnel administratif de l’Université »—Elle s’est appuyée sur les Lignes directrices pour éviter toute violation du droit d’auteur—Les professeurs et le personnel administratif de l’appelante ont reproduit une grande quantité de documents pour lesquels l’appelante n’a payé ni droits de licence ni redevances—Dans une action qu’elle a intentée contre l’appelante, l’intimée a fait valoir que l’appelante avait violé le droit d’auteur sur des œuvres de son répertoire et qu’elle était donc redevable des sommes figurant au tarif provisoire—Il s’agissait de savoir si un tarif définitif est exécutoire ou « obligatoire »—Le tarif homologué par la Commission du droit d’auteur n’était pas « obligatoire »—Le régime conjuguant société de gestion et tarif est un moyen de régir les systèmes d’octroi de licences qui, par définition, sont consensuels—Malgré les modifications apportées au libellé de la Loi entre 1936 et 2012, les renvois répétés aux systèmes d’octroi de licences et le maintien des éléments clés de la *Loi sur le droit d’auteur* de 1936 ne laissent guère de doute quant au fait que les tarifs ne sont pas obligatoires—Donc, les sociétés de gestion n’ont pas le droit de faire appliquer les modalités de leur tarif homologué à des personnes qui ne sont pas titulaires de licence—En conclusion, un tarif définitif ne serait pas opposable à l’appelante, parce que les tarifs ne lient pas les personnes qui ne sont pas titulaires de licence—En conséquence, le tarif provisoire n’est pas exécutoire lui non plus—Les violations de droit d’auteur ne transforment pas les contrevenants en titulaires de licence tenus de payer des redevances—Par conséquent, la question de la validité des Lignes directrices de l’appelante comme moyen de défense contre l’action de l’intimée

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Copyright—Infringement—Fair dealing—Appeal from Federal Court decision dismissing counterclaim against respondent's action to enforce interim tariff issued by Copyright Board under *Copyright Act*, s. 68.2(1)—Both respondent, appellant parties to licence agreement permitting appellant's professors to make copies of published works in respondent's repertoire—Later, given uncertainty about licence agreement renewal, respondent filing proposed tariff with Copyright Board for post-secondary educational institutions, applying to Board for interim decision—Board issuing interim tariff, which incorporated licence agreement royalty rates—Appellant deciding to "opt out" of tariff, operating without benefit of licence from respondent—Appellant introducing its "Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff" which appellant relied upon to help avoid copyright infringement—Appellant's faculty, staff copied significant amounts of material for which appellant paid no licence fees or royalties—In counterclaim, appellant seeking declaration that any reproductions made in compliance with Guidelines constituting fair dealing under Act, s. 29—Whether appellant's Guidelines constituted fair dealing—Factors set out by S.C.C. in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* applied to Guidelines—Two-step process to assess fair dealing outlined in case law also applied—Person invoking "fair dealing" must satisfy both aspects of test—Appellant having to justify Guidelines since not attempting to show fair dealing of students—As copier, incumbent on appellant to ensure that Guidelines implemented according to their intent, since integrity of Guidelines, appellant's practice at heart of its claim of fair dealing—Federal Court's finding that safeguards absent undermined appellant's claim to fair dealing—Federal Court entitled to inquire into appellant's real purpose in using copyrighted work—Conclusions respecting appellant's purpose in adopting Guidelines unequivocal, clear indication of unfairness—Federal Court not erring when concluding that Guidelines tending towards unfairness either in aggregate or in amount of copying, which appellant not justifying beyond invoking education as allowable purpose—Regarding amount of dealing, Federal Court considered this factor as core of fair dealing analysis—Concluded that nothing fair about amount of dealing contemplated by appellant's Guidelines—Appellant trying to defend copying practices by reference to user's perspective, not leading any evidence as to students' use of copied works to show practice fair—To extent appellant relying on user's perspective, not demonstrating either in Federal Court

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ne se posait pas étant donné que le tarif n'était pas obligatoire et que l'intimée ne pouvait pas intenter d'action en violation du droit d'auteur—Appel de la décision rendue dans le cadre de l'action visant à faire exécuter un tarif provisoire accueilli.

Droit d'auteur—Violation—Utilisation équitable—Appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande reconventionnelle instituée contre l'action de l'intimée visant à faire exécuter un tarif provisoire homologué par la Commission du droit d'auteur en vertu de l'art. 68.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*—L'intimée et l'appelante étaient parties à un contrat de licence qui permettait aux professeurs de l'appelante de copier des œuvres publiées figurant dans le répertoire de l'intimée—Par la suite, parce qu'elle ne savait pas si le contrat de licence serait renouvelé, l'intimée a déposé un projet de tarif auprès de la Commission du droit d'auteur visant les établissements d'enseignement postsecondaire et a demandé une décision provisoire à la Commission—La Commission a établi un tarif provisoire, qui prévoyait des redevances dans le cadre d'un contrat de licence—L'appelante a décidé de « se soustraire » au tarif et a exercé ses activités sans licence de l'intimée—L'appelante a adopté ses « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel administratif de l'Université », sur lesquelles elle s'est appuyée pour éviter toute violation du droit d'auteur—Les professeurs et le personnel administratif de l'appelante ont reproduit une grande quantité de documents pour lesquels l'appelante n'a payé ni droits de licence ni redevances—Dans sa demande reconventionnelle, l'appelante a demandé une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées conformément à ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable au titre de l'art. 29 de la Loi—Il s'agissait de savoir si les Lignes directrices de l'appelante constituaient une utilisation équitable—Les facteurs établis par la c.S.C. dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* ont été appliqués aux Lignes directrices—Un processus en deux volets servant à évaluer si l'utilisation était équitable, établi dans la jurisprudence, a été appliqué également—Il incombe à la personne qui invoque l'« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets—L'appelante n'ayant pas tenté de prouver que ses étudiants avaient fait une utilisation équitable des copies, elle était tenue de justifier ses Lignes directrices—Il incombait à l'appelante, en tant qu'auteur des copies, de veiller à ce que ses Lignes directrices soient mises en œuvre conformément à leur but, puisque l'intégrité des Lignes directrices et la pratique de l'appelante étaient au cœur de sa thèse d'utilisation équitable—La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les garanties étaient inexistantes ont affaibli la thèse de l'appelante quant à l'utilisation équitable—La Cour fédérale avait le droit de rechercher le but réel de l'utilisation par l'appelante de l'œuvre protégée—Ses conclusions quant au but que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

or on appeal how copying pursuant to Guidelines fair from students' point of view—With respect to factor of alternatives to dealing, Federal Court found that appellant not considering existing or potential alternatives to dealing—No need to interfere with Federal Court's conclusion on this factor—As to effect of dealing, Federal Court concluding that Guidelines causing, would cause material negative impacts on market for which respondent would otherwise have been compensated for appellant's copying, that negative impacts pointing to unfairness—None of appellant's submissions sufficient to show that Federal Court falling into palpable, overriding error on question of fact or mixed fact, law—In conclusion, given relief appellant seeking, incumbent thereon to justify Guidelines themselves to allow Court to declare that reproductions that fell within Guidelines were fair dealing but appellant not doing so—Appeal from judgment on counterclaim dismissed.

Canada (Attorney General) v. Democracy Watch (F.C.A.) 623

Ethics—Appeal from Federal Court judgment granting respondent's judicial review application, setting aside Commissioner of Lobbying decision not to conduct investigation under *Lobbying Act*, s. 10.4(1)—Federal Court holding that Commissioner's decision that investigation not necessary to ensure compliance with *Lobbying Act* or *Lobbyists' Code of Conduct* both subject to judicial review, unreasonable—Prime Minister of Canada, Justin Trudeau, family, celebrating 2017 New Year on Caribbean island at invitation of Prince Shah Karim Al Hussaini (Aga Khan)—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

visait l'appelante en adoptant ses Lignes directrices étaient sans équivoque et indiquaient clairement qu'il y avait iniquité—La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que les Lignes directrices tendaient vers l'iniquité, que ce soit globalement ou du point de vue du nombre de reproductions, que l'appelante n'a pu justifier autrement qu'en affirmant que l'éducation était une fin permise—En ce qui concerne l'ampleur de l'utilisation, la Cour fédérale a considéré que ce facteur était au cœur de l'analyse de l'utilisation équitable—Elle a conclu qu'il n'y avait rien d'équitable dans l'ampleur de l'utilisation envisagée par les Lignes directrices de l'appelante—L'appelante a tenté de défendre ses pratiques de reproduction en renvoyant au point de vue de l'utilisateur, mais elle n'a fourni aucune preuve démontrant que les étudiants faisaient une utilisation équitable des œuvres copiées—L'appelante, parce qu'elle s'est fondée sur la perspective de l'utilisateur, n'a démontré ni devant la Cour fédérale ni en appel en quoi la reproduction effectuée sous le régime de ses Lignes directrices était équitable du point de vue des étudiants—En ce qui concerne les solutions de rechange à l'utilisation, la Cour fédérale a estimé que l'appelante n'avait pas considéré l'utilisation de solutions de rechange existantes ou éventuelles—Il n'était pas nécessaire de modifier la conclusion de la Cour fédérale relativement à ce facteur—En ce qui concerne l'effet de l'utilisation, la Cour fédérale a conclu que les Lignes directrices ont causé et causeraient des répercussions négatives importantes sur le marché sur lequel l'intimée aurait autrement obtenu compensation pour la reproduction effectuée par l'appelante et que ces répercussions négatives pourraient pencher la balance du côté du caractère inéquitable des Lignes directrices—Aucune des observations de l'appelante ne suffisait pour démontrer que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit—En conclusion, compte tenu de la mesure demandée par l'appelante, il lui incombait de justifier les Lignes directrices pour que la Cour puisse déclarer que les reproductions faites au titre des Lignes directrices constituaient une utilisation équitable, mais l'appelante ne l'a pas fait—Appel de la décision rendue dans la demande reconventionnelle rejeté.

Canada (Procureur général) c. Démocratie en surveillance (C.A.F.) 623

Éthique—Appel d'un jugement de la Cour fédérale dans lequel la Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et infirmé une décision de la commissaire au lobbying de ne pas mener d'enquête aux termes de l'art. 10.4(1) de la *Loi sur le lobbying*—La Cour fédérale a conclu que la décision de la commissaire, selon laquelle une enquête n'était pas nécessaire pour assurer le respect de la *Loi sur le lobbying* ou du *Code de déontologie des lobbyistes*, était à la fois susceptible de contrôle judiciaire et déraisonnable—Le premier ministre du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Private citizen filing complaint with Office of Commissioner of Lobbying, asserting that Aga Khan's gift violated *Lobbying Act*, Lobbyists' Code—Following internal review, *Lobbyists' Code of Conduct* held not to apply to Aga Khan's interactions with Prime Minister—Commissioner informing complainant of decision not to investigate—Federal Court concluding that scheme set out by *Lobbying Act*, Lobbyists' Code imposing obligation on Commissioner to receive, consider, investigate complaints originating from public—Whether decision sought to be set aside subject to judicial review—Federal Court Judge not bound by *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner* (Democracy Watch 2009)—In that case, Court concluding there was no statutory right under *Conflict of Interest Act* for member of public to have complaint investigated—Democracy Watch 2009 not dispositive of result in present case—Question of whether *Lobbying Act* creating rights or obligations or causing prejudicial effects could only be determined through consideration of *Lobbying Act* itself, not another statute—Federal Court judge not erring in law when considering argument whether right of judicial review arising under Act on its own merits—As to whether decision at issue subject to judicial review, not all administrative action giving rise to right of review—No right of review arising where conduct attacked failing to affect rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects—*Lobbying Act* not creating right for member of public to have complaint investigated—Nothing in language of statute suggesting that Commissioner must investigate public's complaints—Parliament not establishing process, procedures, mechanisms or obligations for disposing of complaints from public—Where Parliament intends to create formal complaints procedure with concomitant duty on agent of Parliament to investigate, it does so expressly—Neither purpose of *Lobbying Act* nor language in introduction to Lobbyists' Code sufficient to justify reading in of public complaints process, concomitant right for members of public to have Commissioner of Lobbying investigate their complaints—Commissioner of Lobbying's decision not to investigate complaint brought by member of public not decision or order subject to judicial review—Therefore not necessary to consider reasonableness of Federal Court's decision—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada, Justin Trudeau, et sa famille avaient célébré le Nouvel An 2017 sur une île des Caraïbes à l'invitation du Prince Shah Karim Al Hussaini (l'Aga Khan)—Un citoyen a déposé une plainte auprès du Commissariat au lobbying, en affirmant que le cadeau de l'Aga Khan avait enfreint la *Loi sur le lobbying* et le Code de déontologie des lobbyistes—À la suite d'un examen interne, l'on a conclu que le *Code de déontologie des lobbyistes* ne s'appliquait pas aux rapports de l'Aga Khan avec le premier ministre—La commissaire a informé le plaignant de la décision de ne pas enquêter—La Cour fédérale a conclu que le régime établi par la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes* imposait à la commissaire l'obligation de recevoir, d'examiner les plaintes émanant du public et d'enquêter sur celles-ci—Il s'agissait de savoir si la décision dont l'annulation était demandée était susceptible d'un contrôle judiciaire—Le juge de la Cour fédérale n'était pas lié par l'arrêt *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique* (Démocratie en surveillance 2009)—Dans cette affaire, la Cour a conclu que rien dans la *Loi sur les conflits d'intérêts* ne conférait à un membre du public le droit de faire examiner sa plainte—L'arrêt *Démocratie en surveillance 2009* n'était pas déterminant pour l'issue de l'espèce—La question de savoir si la *Loi sur le lobbying* confère des droits ou des obligations, ou entraîne des effets préjudiciables ne pouvait être tranchée que par l'examen de la *Loi sur le lobbying* elle-même, et non d'une autre loi—Ce n'était pas une erreur de droit de la part du juge de la Cour fédérale d'examiner l'argument selon lequel un droit de contrôle judiciaire découlait de la *Loi sur le lobbying* sur le fond—En ce qui concerne la question de savoir si la décision en cause était susceptible d'un contrôle judiciaire, les actions administratives ne donnent pas toutes lieu à un droit de contrôle—Aucun droit de contrôle n'existe lorsque la conduite attaquée ne porte pas atteinte à des droits, n'impose pas d'obligations juridiques ou n'entraîne pas d'effets préjudiciables—La *Loi sur le lobbying* ne confère pas à un membre du public le droit de faire examiner une plainte—Rien dans le libellé de la Loi ne suggérait que la commissaire doive enquêter sur les plaintes du public—Le législateur n'a établi aucun processus ou mécanisme ni aucune procédure ou obligation pour le traitement des plaintes du public—Lorsque le législateur a l'intention de créer une procédure de plainte officielle avec une obligation concomitante d'enquête pour un agent du Parlement, il le fait expressément—Ni l'objectif de la *Loi sur le lobbying* ni le libellé de l'introduction du *Code de déontologie des lobbyistes* n'étaient suffisants pour justifier l'interprétation d'une procédure de plainte du public et le droit concomitant des membres du public de demander à la commissaire au lobbying d'examiner leurs plaintes—La décision de la commissaire au lobbying de ne pas enquêter sur une plainte déposée par un membre du public n'était pas une décision ou une ordonnance susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire—Il n'était

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 645

Environment—Appeal from Federal Court decision refusing to invalidate *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence—Canadian Shield Population)* (Order)—Appellant acquiring land for residential development—Obtaining certificate of authorization from Quebec because portion of land containing wetlands—*Species at Risk Act* (Act), s. 80(2) providing Minister of the Environment authority to make emergency order to protect listed wildlife species—Study finding viability of frog population threatened where appellant intending to build—Governor in Council making emergency order following Minister’s recommendation—Federal Court considered constitutionality of Order, whether Order constituting form of expropriation without compensation—Determining that purpose, legal effect of Act, s. 80(4)(c)(ii) giving Governor in Council emergency intervention authority when species at risk about to suffer harm that would jeopardize its survival or recovery—Of view this clearly an “evil” that Parliament can suppress through its criminal law power—Not accepting that s. 80(4)(c)(ii) attempt to encroach on provincial jurisdiction—Holding that Parliament expressly provided mechanism to compensate for losses suffered following application of emergency order—Whether Federal Court erring in ruling that s. 80(4)(c)(ii) falling within Parliament’s criminal law power, that absence of compensation not invalidating Order—S. 80(4)(c)(ii) constituting valid exercise of power conferred on Parliament by *Constitution Act, 1867*, s. 91(27)—Same necessarily applying to Order—Federal law, provincial law may govern an issue from different perspectives—Presence or absence of provincial law on same subject not having any impact on validity of federal measure—Federal Court scrupulously following this approach—Act not encroaching on provincial jurisdiction—S. 80(4)(c)(ii) having limited scope, intended to permit emergency response when listed wildlife species about to suffer harm that will jeopardize its survival or recovery—Mere fact that valid law could have incidental effects on legislative powers or measures adopted by another level of government not in itself sufficient to conclude that this law adopted for improper purposes—As to whether Parliament has constitutional jurisdiction to intervene, criminal law power not frozen in time, not limited to specific categories—Threatened interest of environmental protection one of evils Parliament can suppress through criminal law power—Federal Court not erring in concluding that concepts of disguised or de facto expropriation explicitly excluded by compensation scheme set out in Act, s. 64—No compensation

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

donc pas nécessaire d’examiner le caractère raisonnable de la décision de la Cour fédérale—Appel accueilli.

Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)..... 645

Environnement—Appel interjeté à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de refuser d’invalider le *Décret d’urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)* (le Décret)—L’appelante a acquis des terrains à des fins de développements résidentiels—Comme des zones humides se retrouvaient sur certaines portions de ces terrains, elle a obtenu un certificat d’autorisation auprès du Québec—L’art. 80(2) de la *Loi sur les espèces en péril* (la Loi) établit que le ministre de l’Environnement doit prendre un décret d’urgence pour protéger une espèce sauvage inscrite—Une étude a conclu que la viabilité de la population de la rainette était menacée dans le territoire où l’appelante devait réaliser son projet domiciliaire—Le gouverneur en conseil a pris un décret d’urgence sur la recommandation du ministre—La Cour fédérale s’est penchée sur la constitutionnalité du Décret et s’est demandée s’il constituait une forme d’expropriation sans indemnisation—Elle a conclu que l’objet et l’effet juridique de l’art. 80(4)(c)(ii) de la Loi permettent au gouverneur en conseil d’intervenir d’urgence lorsqu’une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement—De l’avis de la Cour fédérale, il s’agissait là manifestement d’un « mal » que le Parlement pouvait chercher à réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel—Elle n’a pas retenu la prétention à l’effet que l’art. 80(4)(c)(ii) constitue une tentative d’envahir les champs de compétences provinciales—Elle a conclu que le Parlement avait prévu en termes exprès un mécanisme d’indemnisation pour les pertes subies du fait de l’application d’un décret d’urgence—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’art. 80(4)(c)(ii) relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel et que l’absence d’indemnisation n’entraîne pas l’invalidité du Décret—L’art. 80(4)(c)(ii) constitue un exercice valide de la compétence octroyée au Parlement par l’art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Il en va nécessairement de même du Décret—Une loi fédérale et une loi provinciale peuvent régir une question à partir de points de vue différents—La présence ou l’absence d’une loi provinciale portant sur le même sujet ne saurait avoir aucune incidence sur la validité d’une mesure fédérale—La Cour fédérale a scrupuleusement suivi cette démarche—La Loi n’empiète pas sur la compétence des provinces—L’art. 80(4)(c)(ii) a une portée réduite et vise à permettre une intervention d’urgence lorsqu’une espèce en péril inscrite est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement—Le seul fait qu’une loi

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

requirements under Act, s. 80—Governor in Council therefore not exceeding powers conferred by Act—Complying with purpose sought by Parliament—Present case involving decision made pursuant to Act expressly authorizing expropriation, setting out compensation scheme specifically tailored to objectives sought by Act—No disguised expropriation—Premature, inappropriate to consider possible claim for compensation that appellant might make—Appeal dismissed.

Constitutional Law—Distribution of Powers—Federal Court refusing to invalidate *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence—Canadian Shield Population)* (Order)—Determining that purpose, legal effect of Act, s. 80(4)(c)(ii) giving Governor in Council emergency intervention authority when species at risk about to suffer harm that would jeopardize its survival or recovery—Of view this clearly an “evil” that Parliament can suppress through its criminal law power—Not accepting that s. 80(4)(c)(ii) attempt to encroach on provincial jurisdiction—Whether Federal Court erring in ruling that s. 80(4)(c)(ii) falling within Parliament’s criminal law power—S. 80(4)(c)(ii) constituting valid exercise of power conferred on Parliament by *Constitution Act, 1867*, s. 91(27)—Same necessarily applying to Order—Federal law, provincial law may govern an issue from different perspectives—Presence or absence of provincial law on same subject not having any impact on validity of federal measure—Federal Court scrupulously following this approach—Act not encroaching on provincial jurisdiction—S. 80(4)(c)(ii) having limited scope, intended to permit emergency response when listed wildlife species about to suffer harm that will jeopardize its survival or recovery—Mere fact that valid law could have incidental effects on legislative powers or measures adopted by another level of government not in itself sufficient to conclude that this law adopted for improper purposes—As to whether Parliament has constitutional jurisdiction to intervene, criminal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

valide puisse avoir des effets accessoires sur les compétences législatives ou les mesures adoptées par un autre niveau de gouvernement ne saurait suffire, en soi, pour conclure que cette loi a été adoptée pour des fins détournées—Pour ce qui est de savoir si le Parlement a la compétence constitutionnelle d’intervenir, le pouvoir de légiférer en droit criminel n’est pas figé dans le temps et ne saurait se limiter à des catégories précises—La protection de l’environnement fait partie des maux que le Parlement peut réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que les concepts d’appropriation de fait ou d’expropriation déguisée avaient été explicitement écartés par le régime d’indemnisation prévu par l’art. 64 de la Loi—L’art. 80 de la Loi ne prévoit aucune exigence en matière d’indemnisation—Le gouverneur en conseil n’a donc pas excédé les pouvoirs que la Loi lui confère—Il s’est conformé à l’objectif visé par le législateur—Nous étions en présence d’une décision prise aux termes d’une loi qui autorise explicitement l’expropriation et qui prévoit un régime d’indemnisation spécifiquement adapté aux objectifs poursuivis par la Loi—Aucune expropriation n’a été effectuée par des moyens détournés—Il serait prématuré et inopportun de se pencher sur une éventuelle demande d’indemnisation que pourrait présenter l’appellante—Appel rejeté.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—La Cour fédérale a refusé d’invalider le *Décret d’urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)* (le Décret)—Elle a conclu que l’objet et l’effet juridique de l’art. 80(4)(c)(ii) de la Loi permettent au gouverneur en conseil d’intervenir d’urgence lorsqu’une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement—De l’avis de la Cour fédérale, il s’agissait là manifestement d’un « mal » que le Parlement pouvait chercher à réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel—Elle n’a pas retenu la prétention à l’effet que l’art. 80(4)(c)(ii) constitue une tentative d’envahir les champs de compétences provinciales—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’art. 80(4)(c)(ii) relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel—L’art. 80(4)(c)(ii) constitue un exercice valide de la compétence octroyée au Parlement par l’art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Il en va nécessairement de même du Décret—Une loi fédérale et une loi provinciale peuvent régir une question à partir de points de vue différents—La présence ou l’absence d’une loi provinciale portant sur le même sujet ne saurait avoir aucune incidence sur la validité d’une mesure fédérale—La Cour fédérale a scrupuleusement suivi cette démarche—La Loi n’empiète pas sur la compétence des provinces—L’art. 80(4)(c)(ii) a une portée réduite et vise à permettre une intervention d’urgence lorsqu’une espèce en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

law power not frozen in time, not limited to specific categories—Threatened interest of environmental protection one of evils Parliament can suppress through criminal law power.

SOMMAIRE (Fin)

péril inscrite est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement—Le seul fait qu'une loi valide puisse avoir des effets accessoires sur les compétences législatives ou les mesures adoptées par un autre niveau de gouvernement ne saurait suffire, en soi, pour conclure que cette loi a été adoptée pour des fins détournées—Pour ce qui est de savoir si le Parlement a la compétence constitutionnelle d'intervenir, le pouvoir de légiférer en droit criminel n'est pas figé dans le temps et ne saurait se limiter à des catégories précises—La protection de l'environnement fait partie des maux que le Parlement peut réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel.

**Federal Courts
Reports**

2020, Vol. 3, Part 3

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 3, 3^e fascicule

T-1151-19
2020 FC 330

T-1151-19
2020 CF 330

The Director of Military Prosecutions (*applicant*)

Le directeur des poursuites militaires (*demandeur*)

v.

c.

Deputy Chief Military Judge (in his capacity as deputy judge of duties and functions set out in section 165.25 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5) and Colonel Mario Dutil (*respondents*)

Juge militaire en chef adjoint (en sa qualité de juge délégué du pouvoir d'attribution prévu à l'article 165.25 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5) et le colonel Mario Dutil (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF MILITARY PROSECUTIONS) v. CANADA (OFFICE OF THE CHIEF MILITARY JUDGE)

RÉPERTORIÉ : CANADA (DIRECTEUR DES POURSUITES MILITAIRES) c. CANADA (CABINET DU JUGE MILITAIRE EN CHEF)

Federal Court, Justice Martineau—Ottawa, October 15, November 27–29, 2019, and March 3, 2020.

Cour fédérale, juge Martineau—Ottawa, 15 octobre, 27 au 29 novembre 2019 et 3 mars 2020.

Armed Forces — Judicial review of decision adjourning trial of respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, following Deputy Chief Military Judge's recusal without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge — Applicant seeking writ of mandamus forcing Deputy Chief Military Judge, with jurisdiction to allocate set out in National Defence Act (NDA), s. 165.25 to assign military judge from among other eligible military judges to preside at Court Martial — Alternatively, applicant seeking writ of certiorari for purposes of setting aside non-assignment decision — Respondent cited for Standing Court Martial (Court Martial) — Having to defend himself against fraud, false statement charges in official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because allegedly had personal relationship with non-commissioned officer, a court reporter who was apparently under his command — While respondent entitled to be tried within reasonable time in fair, public hearing by independent, impartial tribunal under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 11(b),(d), issue arising as to whether there was a military judge who could be assigned by Deputy Chief Military Judge to preside at Court Martial without reasonable apprehension of bias arising — In addition, respondent had opted for proceedings to be in French — Three potential candidates from current contingent of military judges — Applicant adopting clear, frank, unequivocal position allowing federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever: Deputy Chief Military Judge had legal obligation, under NDA, s. 165.25, to appoint replacement from other military judges, regardless of whether there were recusal reasons or insufficient language skills for each of them — Respondents challenging application for judicial review, submitting that impugned decision not reviewable, that Federal Court having no jurisdiction

Forces armées — Contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint — Le demandeur recherchait l'émission d'un bref de mandamus pour forcer le juge militaire en chef adjoint, investi du pouvoir d'attribution prévu à l'art. 165.25 de la Loi sur la défense nationale (LDN), de désigner un juge militaire parmi les autres juges militaires éligibles pour présider la Cour martiale — Subsidièrement, le demandeur recherchait l'émission d'un bref de certiorari aux fins de casser la décision de non-désignation — Le défendeur a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale) — Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement — Quoique le défendeur avait le droit d'être jugé dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès juste et équitable en vertu des art. 11b) et d) de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte), la problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulevé une crainte raisonnable de partialité — De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français — Il y avait trois candidats potentiels parmi le contingent actuel de juges militaires — Le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral : le juge militaire en chef adjoint avait l'obligation légale en vertu de l'art. 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant

pursuant to Federal Courts Act, s. 18.5 — Main issues: whether Federal Court having jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18.5; whether impugned decision reviewable; what was correct interpretation of NDA, s. 165.25; whether impugned decision reasonable; whether Court having to exercise its judicial discretion with respect to issuance of writ of mandamus, remedial action — Under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1, Federal Court having exclusive original jurisdiction to issue, among other things, certiorari, mandamus orders against any federal board, commission or other tribunal, which applicant seeking in present case — Although military judge having same immunity from liability as judge of superior court of criminal jurisdiction (NDA, s. 165.231), not persons appointed under Constitution Act, 1867, s. 96 — Since decision to assign military judge to preside at court martial constituting presumed exercise of jurisdiction set out in NDA, s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, reviewable by Federal Court — As for recusal decision, not falling under one of reasons listed in NDA, s. 230.1 providing for Minister's right to appeal to Court Martial Appeal Court — Since Federal Courts Act, s. 18.5 mentioning that it is "if an Act of Parliament expressly provides for an appeal", would be contrary to wording of Act, to interest of administration of justice for Federal Court not to exercise its jurisdiction under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1 — It was therefore necessary to dismiss any declinatory exception to jurisdiction based on Federal Courts Act, s. 18.5 — Applicant's narrow, restrictive interpretation of power under NDA, s. 165.25, namely, that s. 165.25 not granting any discretion, that assignment of military judge automatic not agreed with — Constitutional interpretation of NDA, s. 165.25 had to implicitly include legal limitation that exercise of power to assign must be consistent with Canadian Charter of Rights and Freedoms, not result in miscarriage of justice for accused — Impugned decision reasonable in all respects; not otherwise containing reviewable error of law or fact affecting ultimate result, justifying Court's intervention — Evidence in record amply supported apprehension of bias or injustice raised by Deputy Chief Military Judge — With respect to doctrine of necessity, could not apply in context of criminal or military justice where fundamental rights of accused may have been irreparably compromised — Concerning rule of law, if Deputy Chief Military Judge made concrete decision to adjourn matter before Court Martial, to not assign replacement judge, such decision was first, foremost to ensure rule of law, to preserve accused's right to fair trial before impartial, independent tribunal — In short, no excess of jurisdiction or usurpation of power committed by Deputy Chief Military Judge; challenged decision reasonable in all respects — Consequently, no need to grant writ of certiorari or writ of mandamus — All remedies sought by applicant disallowed in order to ensure rule of law, to avoid committing flagrant injustice, to protect respondent as accused from irreparable damage — Application dismissed.

parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci — Les défendeurs contestaient la demande de contrôle judiciaire soumettant que la décision contestée n'était pas révisable et que la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales et si la décision contestée était révisable; quelle était l'interprétation correcte de l'art. 165.25 de la LDN; si la décision contestée était raisonnable; et si la Cour devait exercer sa discrétion judiciaire en matière d'émission de bref de mandamus et de réparation judiciaire — En vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de certiorari et de mandamus contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur — Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale — Quant à la décision de récusation, elle ne paraissait pas s'inscrire dans un des motifs mentionnés à l'art. 230.1 de la LDN prévoyant le droit du ministre d'en appeler à la Cour d'appel de la cour martiale — Puisque l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales mentionne que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales — Il fallait donc écarter tout moyen déclinatoire de compétence fondé sur l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales — On ne pouvait souscrire à l'interprétation restrictive et limitative du pouvoir prévu à l'art. 165.25 que suggérait le demandeur; à savoir que l'art. 165.25 n'accorde aucune discrétion et que la désignation d'un juge militaire est automatique — Une interprétation se voulant constitutionnelle de l'art. 165.25 de la LDN devait comprendre, de manière implicite, la limitation légale selon laquelle l'exercice du pouvoir de désignation doit être conforme à la Charte canadienne des droits et libertés et ne pas entraîner un déni de justice à l'accusé — La décision contestée était raisonnable à tous égards et elle n'était pas autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de la Cour — La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint — En ce qui concerne la doctrine de la nécessité, elle ne pouvait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé pouvaient

être irrémédiablement compromis — Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant, c'était d'abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant — En somme, il n'y a eu aucun excès de compétence ou usurpation de pouvoir du juge militaire en chef adjoint, et la décision contestée était à tous égards raisonnable — Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'accorder un bref de certiorari ou un bref de mandamus — Tous les remèdes recherchés par le demandeur ont été refusés afin d'assurer la primauté du droit et d'éviter qu'une injustice flagrante soit commise et qu'un tort irréparable soit causé au défendeur en tant qu'accusé — Demande rejetée.

Federal Court Jurisdiction — Respondents challenging judicial review of decision adjourning trial of respondent Colonel Dutil, Chief Military Judge, following recusal of Deputy Chief Military Judge, but without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge — According to respondents, impugned decision not reviewable, Federal Court not otherwise having jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18.5 — Whether Federal Court having jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18.5 — Whether impugned decision reviewable — Under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1, Federal Court has exclusive original jurisdiction to issue, among other things, certiorari, mandamus orders against any federal board, commission or other tribunal, which applicant seeking in this case — Broad definition found in Federal Courts Act, s. 2 applied to impugned decision, encompassed exercise (even non-exercise) of all jurisdiction or power set out in a federal Act — Although military judges having same immunity from liability as judges of superior court of criminal jurisdiction, not persons appointed under Constitution Act, 1867, s. 96 — Since decision assigning military judge to preside at court martial, to conduct judicial hearings constituting presumed exercise of jurisdiction set out in National Defence Act (NDA), s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge reviewable by Federal Court — Furthermore, not clear that recusal decision itself appealable under NDA — Since Parliament took trouble to mention in Federal Courts Act, s. 18.5 that if Act of Parliament expressly providing for appeal, would be contrary to wording of Act, to interest of administration of justice for Federal Court not to exercise jurisdiction under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1 because right of appeal could implicitly exist under NDA.

Compétence de la Cour fédérale — Les défendeurs contestaient la demande de contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil, juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint — Selon les défendeurs, la décision contestée n'était pas révisable et la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales — La Cour fédérale avait-elle compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales? — La décision contestée était-elle révisable? — En vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de certiorari et de mandamus contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur — La définition large que l'on retrouve à l'art. 2 de la Loi sur les Cours fédérales s'appliquait à la décision contestée et englobait l'exercice (voire le non-exercice) de toute compétence ou pouvoir prévu par une loi fédérale — Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle, il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la Loi sur la défense nationale (LDN), la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale — Par ailleurs, il n'était pas clair que la décision de récusation était elle-même appelable en vertu de la LDN — Puisque le législateur a pris la peine de mentionner à l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales parce qu'un droit d'appel pourrait implicitement exister en vertu de la LDN.

Judges and Courts — Respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, cited for Standing Court Martial (Court Martial) — Respondent having to defend himself against fraud, false statement charges in official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because allegedly had personal relationship with non-commissioned officer, a court reporter who was apparently under his command — Respondent's trial adjourned following recusal of Deputy Chief Military Judge, but without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge — Whether military judge existing who could be assigned by Deputy Chief Military Judge to preside at Court Martial without reasonable apprehension of bias arising — Furthermore, respondent opted for his proceedings to be in French — Applicant adopting clear, frank, unequivocal position allowing federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever: Deputy Chief Military Judge having legal obligation, under NDA, s. 165.25, to appoint replacement from other military judges, regardless of whether recusal reasons or insufficient language skills existing for each of them — Although military judges have same immunity from liability as judges of superior court of criminal jurisdiction (NDA, s. 165.231), not persons appointed under Constitution Act, 1867, s. 96 — Since decision to assign military judge to preside at court martial constituting presumed exercise of jurisdiction set out in NDA, s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, reviewable by Federal Court — Applicant's narrow, restrictive interpretation of power under NDA, s. 165.25 not agreed with, that is, that s. 165.25 not granting any discretion, that assignment of military judge automatic — Evidence in record amply supporting apprehension of bias or injustice raised by Deputy Chief Military Judge — With respect to doctrine of necessity, could not apply in context of criminal or military justice where fundamental rights of accused may have been irreparably compromised — Concerning rule of law, if Deputy Chief Military Judge made concrete decision to adjourn matter before Court Martial, to not assign replacement judge, it was first, foremost to ensure rule of law, to preserve accused's right to fair trial before impartial, independent tribunal.

This was an application for judicial review of a decision to adjourn the trial of respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, following the recusal of the Deputy Chief Military Judge, but without a military judge being appointed by the Deputy Chief Military Judge. The applicant was seeking a writ of *mandamus* to force the Deputy Chief Military Judge,

Juges et Tribunaux — Le défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale) — Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement — Son procès a été ajourné à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint — La problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève une crainte raisonnable de partialité — De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français — Le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral : le juge militaire en chef adjoint avait l'obligation légale en vertu de l'art. 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci — Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale — On ne pouvait souscrire à l'interprétation restrictive et limitative du pouvoir prévu à l'art. 165.25 que suggérait le demandeur, à savoir que l'art. 165.25 n'accorde aucune discrétion et que la désignation d'un juge militaire est automatique — La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint — En ce qui concerne la doctrine de la nécessité, elle ne pouvait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé pouvaient être irrémédiablement compromis — Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant, c'était d'abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint. Le demandeur recherchait l'émission d'un bref de *mandamus* pour

in his capacity as designate judge, with the jurisdiction to allocate set out in section 165.25 of the *National Defence Act* (the NDA), to assign a military judge from among the other eligible military judges to preside at the Court Martial. Alternatively, the applicant was also seeking a writ of *certiorari* for the purposes of setting aside the non-assignment decision.

The respondent was cited for a Standing Court Martial (the Court Martial). He must defend himself against fraud and false statement charges in an official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because he allegedly had a personal relationship with a non-commissioned officer, in this case, a court reporter who was apparently under his command. The respondent's trial was adjourned on June 17, 2019, following the recusal of the Deputy Chief Military Judge. The Chief Military Judge's reasons for not appointing a military judge were set out in the June 17, 2019 letter that was filed in the Court Martial file. Although the respondent was entitled to be tried within a reasonable time in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal under paragraphs 11(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the issue was whether there was a military judge who could be assigned by the Deputy Chief Military Judge to preside at the Court Martial without a reasonable apprehension of bias arising. In addition, the respondent had opted for his proceedings to be in French and according to the *Official Languages Act*, the decision maker should moreover understand French without the assistance of an interpreter. There were indeed three potential candidates from among the current contingent of military judges who are Regular Force officers, yet none was assigned by the Deputy Chief Military Judge for the reasons set out in the impugned decision. The offences alleged against the respondent took place in 2014 and 2015. But another three years passed before he was charged, in January 2018, with violating the Code of Service Discipline. These charges had the practical effect of preventing the respondent from acting as Chief Military Judge.

In this application for judicial review, the applicant adopted a clear, frank and unequivocal position that allows the federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever. The Deputy Chief Military Judge—to whom the respondent delegated his powers pursuant to sections 165.26 and 165.27 of the NDA—had the legal obligation, under section 165.25 of the NDA, to appoint a replacement from the other military judges, regardless of whether there were recusal reasons or insufficient language skills for each of them. The applicant submitted that he was entitled to a writ of *mandamus*. Alternatively, the impugned decision was also unreasonable and had to be set aside. As for the respondents, they challenged the application for judicial review. They argued that the impugned decision was not reviewable because it fell under the exercise of a judicial office

forcer le juge militaire en chef adjoint, en sa qualité de juge délégué, investi du pouvoir d'attribution prévu à l'article 165.25 de la *Loi sur la défense nationale* (la LDN), de désigner un juge militaire parmi les autres juges militaires éligibles pour présider la Cour martiale. Subsidiairement, le demandeur recherchait également l'émission d'un bref de *certiorari* aux fins de casser la décision de non-désignation.

Le défendeur a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale). Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement. Le procès du demandeur a été ajourné le 17 juin 2019 à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint. Les motifs du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner de juge militaire étaient énoncés dans la lettre du 17 juin 2019 qui a été déposée au dossier de la Cour martiale. Quoique le défendeur avait le droit d'être jugé dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès juste et équitable en vertu des alinéas 11b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève une crainte raisonnable de partialité. De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français et suivant la *Loi sur les langues officielles*, le décideur devra par ailleurs comprendre le français sans l'aide d'un interprète. Il y avait trois candidats potentiels parmi le contingent actuel de juges militaires qui sont des officiers de la force régulière, mais aucun n'a été désigné par le juge militaire en chef adjoint, et ce, pour les motifs contenus dans la décision contestée. Les infractions reprochées au défendeur remontaient à 2014 et 2015. Mais trois ans de plus ont dû s'écouler avant qu'il ne soit accusé, en janvier 2018, d'avoir violé le Code de discipline militaire. Ces accusations ont eu l'effet pratique d'empêcher le défendeur d'agir, en particulier, comme juge militaire en chef.

Dans la présente demande de contrôle judiciaire, le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral. Le juge militaire en chef adjoint — à qui le défendeur a délégué ses pouvoirs en vertu des articles 165.26 et 165.27 de la LDN — avait l'obligation légale en vertu de l'article 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci. Le demandeur a soumis qu'il avait droit à l'émission d'un bref de *mandamus*. Subsidiairement, la décision contestée était également déraisonnable et devait être cassée. Quant aux défendeurs, ils contestaient la demande de contrôle judiciaire. Ils ont avancé que la décision contestée n'était pas révisable parce

specific to a superior court. Otherwise, the Federal Court had no jurisdiction pursuant to section 18.5 of the *Federal Courts Act*. Alternatively, they claimed that the Deputy Chief Military Judge did not usurp his powers under section 165.25 of the NDA and the impugned decision was reasonable, whereas the conditions for issuing a writ of *mandamus* had not been met.

The main issue was whether the Federal Court had jurisdiction under section 18.5 of the *Federal Courts Act* and whether the impugned decision was reviewable; what was the correct interpretation of section 165.25 of the NDA; whether the impugned decision was reasonable; and whether the Court should exercise its judicial discretion with respect to the issuance of a writ of *mandamus* and remedial action.

Held, the application should be dismissed.

Under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, the Federal Court has exclusive original jurisdiction to issue, among other things, *certiorari* and *mandamus* orders against any federal board, commission or other tribunal, which the applicant was seeking in this case. The broad definition found in section 2 of the *Federal Courts Act* applied to the impugned decision and encompassed the exercise—and even the non-exercise—of all jurisdiction or power set out in a federal Act. Although military judges have the same immunity from liability as judges of a superior court of criminal jurisdiction (section 165.231 of the NDA), they are not persons appointed under section 96 of the *Constitution Act, 1867*. Since the decision to assign a military judge to preside at a court martial and conduct judicial hearings constitutes a presumed exercise of a jurisdiction set out in section 165.25 of the NDA, the Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, was reviewable by the Federal Court. Furthermore, it was not clear that the recusal decision was, itself, appealable because it did not seem to fall under one of the reasons listed in section 230.1 of the NDA that governs the Minister's right to appeal to the Court Martial Appeal Court. Since Parliament took the trouble of mentioning in section 18.5 of the *Federal Courts Act* that it is if an Act of Parliament expressly provides for an appeal, it would be contrary to the wording of the Act and to the interest of the administration of justice for this Court not to exercise its jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* because a right of appeal could implicitly exist under the Act. Therefore, any declinatory exception to jurisdiction based on section 18.5 of the *Federal Courts Act* had to be dismissed.

Section 165.25 of the NDA was examined and interpreted. The applicant's narrow and restrictive interpretation of the

qu'elle relevait de l'exercice d'une fonction judiciaire propre à une cour supérieure. Sinon, la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Subsidièrement, ils ont prétendu que le juge militaire en chef adjoint n'a pas usurpé ses pouvoirs en vertu de l'article 165.25 de la LDN et la décision contestée était raisonnable, tandis que les conditions pour l'émission d'un bref de *mandamus* n'étaient pas rencontrées.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* et si la décision contestée était révisable; quelle était l'interprétation correcte de l'article 165.25 de la LDN; si la décision contestée était raisonnable; et si la Cour devait exercer sa discrétion judiciaire en matière d'émission de bref de *mandamus* et de réparation judiciaire.

Jugement : la demande doit être rejetée.

En vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de *certiorari* et de *mandamus* contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur. La définition large que l'on retrouve à l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* s'appliquait à la décision contestée et englobait l'exercice — voire le non-exercice — de toute compétence ou pouvoir prévu par une loi fédérale. Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (article 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'article 165.25 de la LDN, par conséquent, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale. Par ailleurs, il n'était pas clair que la décision de récusation était elle-même appelable puisque celle-ci ne paraissait pas s'inscrire dans un des motifs mentionnés à l'article 230.1 de la LDN qui encadre le droit du ministre d'en appeler à la Cour d'appel de la cour martiale. Puisque le législateur a pris la peine de mentionner à l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* parce qu'un droit d'appel pourrait implicitement exister en vertu de la LDN. Il fallait donc écarter tout moyen déclinatoire de compétence fondé sur l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

L'article 165.25 de la LDN a été examiné et interprété. On ne pouvait souscrire à l'interprétation restrictive et limitative

power under section 165.25 was not agreed with; that is, that this section does not grant any discretion and that the assignment of a military judge is automatic—it is an absolute legal obligation. The text of section 165.25 of the NDA must be interpreted not only in accordance with the rules governing bilingual statutes but within the larger framework of the modern rule. Here, the English version cannot be read so as to compel the Chief Military Judge to assign a military judge if a valid reason for not doing so exists or for waiting a certain time before doing so. No obligation exists in absolute terms. To be legal, an obligation has to be consistent with the Constitution, which is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. In this case, a constitutional interpretation of section 165.25 of the NDA had to implicitly include the legal limitation that the exercise of the power to assign must be consistent with the Charter and not result in a miscarriage of justice for the accused.

The impugned decision was reasonable in all respects and did not otherwise contain a reviewable error of law or fact affecting the ultimate result and justifying the intervention of this Court. The evidence in the record amply supported the apprehension of bias or injustice raised by the Deputy Chief Military Judge. However, this was an exceptional case. No general rule applicable to all chief justices could be distilled. In addition, with respect to previous relationships with court reporters and the Court Martial Administrator, these were external factors that could contribute to a reasonable apprehension of bias not only on the part of the Deputy Chief Military Judge but also on the part of the other eligible military judges; hence the decision not to assign them. This conclusion was not unreasonable.

With respect to the doctrine of necessity, the Deputy Chief Military Judge concluded in the recusal decision that the doctrine of necessity did not oblige him to continue to preside over the trial. The Supreme Court of Canada established certain scales for the application of the doctrine of necessity, and stated that it will not apply in circumstances where its application would involve positive and substantial injustice. Otherwise, this would gravely undermine the guarantee of an impartial and independent tribunal provided by section 11(*d*) of the Charter. In this case, the doctrine of necessity could not apply in a context of criminal or military justice where the fundamental rights of the accused may have been irreparably compromised. Concerning the rule of law, if the Deputy Chief Military Judge made the concrete decision, on June 17, 2019, to adjourn the matter before the Court Martial and to not assign a replacement judge among the three eligible military judges, it was not an act that was taken lightly. Quite the contrary. It was first and foremost to ensure the rule of law and to preserve the

du pouvoir prévu à l'article 165.25 que suggérait le demandeur, à savoir que cet article n'accorde aucune discrétion et que la désignation d'un juge militaire est automatique : c'est une obligation légale absolue. Le texte de l'article 165.25 de la LDN ne doit pas être interprété uniquement en fonction des règles d'interprétation des lois bilingues, mais aussi dans le cadre plus vaste de la règle moderne. En l'occurrence, la version anglaise ne pouvait être interprétée comme obligeant le juge militaire en chef à désigner un juge militaire s'il y a un motif valable pour ne pas faire de désignation ou pour attendre un certain temps avant de désigner un juge militaire. Aucune obligation n'existe de manière absolue. Pour être légale, l'obligation doit être compatible avec la Constitution, qui est la loi suprême du Canada et rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. En l'espèce, une interprétation se voulant constitutionnelle de l'article 165.25 de la LDN devait comprendre, de manière implicite, la limitation légale selon laquelle l'exercice du pouvoir de désignation doit être conforme à la Charte et ne pas entraîner un déni de justice à l'accusé.

La décision contestée était raisonnable à tous égards et elle n'était pas autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de la Cour. La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint. Toutefois, la présente instance était exceptionnelle. Aucune règle générale applicable à tous les juges en chef ne pouvait être distillée. De plus, concernant les rapports antérieurs avec les sténographes judiciaires et l'administratrice de la cour martiale, il s'agissait là de facteurs externes pouvant alimenter une crainte raisonnable de partialité non seulement du côté du juge militaire en chef adjoint, mais tout autant de celui des autres juges militaires éligibles, d'où la décision de ne pas les désigner. Cette conclusion n'était pas déraisonnable.

En ce qui concerne la doctrine de nécessité, le juge militaire en chef adjoint a conclu dans la décision de récusation que la doctrine de nécessité ne le forçait pas à continuer à présider le procès. La Cour suprême du Canada a établi certains barèmes d'application de cette doctrine et a précisé que celle-ci ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle. Sinon, cela porterait gravement atteinte au droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant que garantit l'alinéa 11(*d*) de la Charte. En l'espèce, la doctrine de la nécessité ne pouvait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé pouvaient être irrémédiablement compromis. Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision, le 17 juin 2019, d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant parmi les trois juges militaires éligibles, ce n'était pas un acte qui a été posé à la légère. Bien au contraire. C'était d'abord et avant tout pour assurer la primauté

accused's right to a fair trial before an impartial and independent tribunal.

In short, there was no excess of jurisdiction or usurpation of power by the Deputy Chief Military Judge, and the challenged decision was reasonable in all respects. Consequently, there was no need to grant a writ of *certiorari* or a writ of *mandamus*. The balance of convenience favoured retaining the status quo. In short, all of the remedies sought by the applicant were disallowed in order to ensure the rule of law and to avoid committing a flagrant injustice and to protect the respondent as the accused from irreparable damage.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35.
An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2008, c. 29.
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. 11(b),(d).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 96.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1)(b).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 18.1, 18.4(1), 18.5, 50.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 302(1),(2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 155.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, Part III, ss. 9.1, 9.4, 10.1, 12, 17, 18(1),(2), 18.3, 18.5, 60(1),(2), 73-128, 117, 125(a), 129, 130, 138, 139-146, 140.1, 140.2, 155, 161.1, 164(1.3), 164.2, 165, 165.15, 165.17(1), 165.19, 165.191(1),(3), 165.192, 165.2, 165.21, 165.22, 165.24, 165.25, 165.26, 165.27, 165.28, 165.221(1), 165.223, 165.231, 165.31(1), 165.32(1),(2),(3),(7), 166, 173, 178, 179, 186, 202.121(7), 230.1.
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 3(2), 16.
Queen's Regulations and Orders (QR&O), art. 2.07, 4.02, 4.091, 15.01, 15.17.
Queen's Regulations and Orders (QR&O) Vol. II – Disciplinary, art. 107.03, 110.08, 112.05(3)(b), 112.14(6).
Security of Tenure of Military Judges Act, S.C. 2011, c. 22, s. 2.

du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant.

En somme, il n'y a eu aucun excès de compétence ou usurpation de pouvoir du juge militaire en chef adjoint, et la décision contestée était à tous égards raisonnable. Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'accorder un bref de *certiorari* ou un bref de *mandamus*. La balance des inconvénients favorisait le maintien du statu quo. Bref, tous les remèdes recherchés par le demandeur ont été refusés afin d'assurer la primauté du droit et d'éviter qu'une injustice flagrante soit commise et qu'un tort irréparable soit causé au défendeur en tant qu'accusé.

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. 11b),d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1)b).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
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(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.
Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 29.
Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 35.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, partie III, art. 9.1, 9.4, 10.1, 12, 17, 18(1),(2), 18.3, 18.5, 60(1),(2), 73 à 128, 117, 125a), 129, 130, 138, 139 à 146, 140.1, 140.2, 155, 161.1, 164(1.3), 164.2, 165, 165.15, 165.17(1), 165.19, 165.191(1),(3), 165.192, 165.2, 165.21, 165.22, 165.24, 165.25, 165.26, 165.27, 165.28, 165.221(1), 165.223, 165.231, 165.31(1), 165.32(1),(2),(3),(7), 166, 173, 178, 179, 186, 202.121(7), 230.1.
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, ch. N-4, art. 155.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 18, 18.1, 18.4(1), 18.5, 50.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 3(2), 16.
Loi sur l'inamovibilité des juges militaires, L.C. 2011, ch. 22, art. 2.
Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada, L.C. 2013, ch. 24.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC), art. 2.07, 4.02, 4.091, 15.01, 15.17.

Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act, S.C. 2013, c. 24.

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) vol. II – Discipline, art. 107.03, 110.08, 112.05(3)b), 112.14(6).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 302(1),(2).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65; *Ref. re Remuneration of Judges of Prov. Court of PEI*; *Ref. re Independence & Impartiality of Judges of Prov. Court of PEI*; *R. v. Campbell*; *R. v. Ekmecic*; *R. v. Wickman*; *Manitoba Prov. Judges Assn. v. Manitoba (Min. of Justice)*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Lukacs v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 202.

DISTINGUISHED:

Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge), 2007 FCA 390; *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549.

CONSIDERED:

R. v. Pett, 2020 CM 4002 (CanLII); *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII); *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII); *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711 (Q.B.).

REFERRED TO:

Northwestern Utilities Ltd. and al. v. Edmonton, [1979] 1 S.C.R. 684; *R. v. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII); *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40; *R. v. Leblanc*, 2011 CMAC 2; *R. v. Master-Corporal G.C. Steeves and ex-Private K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII); *R. v. Edmunds*, 2018 CMAC 2; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22; *R. v. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, [1993] F.C.J. No. 1098 (QL) (C.A.); *Turp v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FC 12; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Rushnell v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 199, [2001] F.C.J. No. 366 (QL); *Forsyth v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 643, [2003] 1 F.C. 96; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, 1993 CanLII 137; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348; *Canada (Citizenship and*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Prov. Judges Assn. c. Manitoba (Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Lukacs c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 202.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Canada (Directrice des poursuites militaires) c. Canada (Juge militaire en chef), 2007 CAF 390; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Pett, 2020 CM 4002 (CanLII); *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII); *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII); *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711 (B.R.).

DÉCISIONS CITÉES :

Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton, [1979] 1 R.C.S. 684; *R. c. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII); *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40; *R. c. Leblanc*, 2011 CACM 2; *R. c. Caporal-chef G.C. Steeves et Ex-Soldat K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII); *R. c. Edmunds*, 2018 CACM 2; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *R. c. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, [1993] A.C.F. n° 1098 (QL) (C.A.); *Turp c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CF 12; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Rushnell c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 199, [2001] A.C.F. n° 366 (QL); *Forsyth c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 643, [2003] 1 C.F. 96; *Kourtessis c. M.R.N.*, 1993 CanLII 137, [1993] 2 R.C.S. 53; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348; *Canada (Citoyenneté*

Immigration) v. *Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul v. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1282, [2020] 2 F.C.R. 199; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, 1999 CanLII 684; *R. v. Tomczyk*, 2012 CMAC 4; *Canada v. Bannister*, 2019 CMAC 2; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 FCA 394; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, 1979 CanLII 18; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 1976 CanLII 2; *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, 1998 CanLII 818; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31.

et Immigration) c. *Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1282, [2020] 2 R.C.F. 199; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 1999 CanLII 684; *R. c. Tomczyk*, 2012 CACM 4; *Canada c. Bannister*, 2019 CACM 2; *Wewaykum Indian Band c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 FCA 394; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 1979 CanLII 18; *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 1976 CanLII 2; *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31.

AUTHORS CITED

Canada. National Defence. *Personal Relationship and Fraternalization*, DAOD 5019-1, July 11, 2014.
Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*, 2004.
Deschamps, Marie. *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015.
DMP Policy Directive # 016/17. *Appointment of Special Prosecutors*, 12 April 2017, updated 15 December 2017.
Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*, London: Stevens, 1969.
MacDonald, R. A. “The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law” (1985), 1 *JAG Journal* 1.
Zhou, Han-Ru. “*Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments” (2019), 97 *Can. B. Rev.* 275.

APPLICATION for judicial review of a decision (*R. v. Dutil*, 2019 CM 3003 (CanLII)) adjourning respondent Colonel Dutil’s trial in June 2019 following the Deputy Chief Military Judge’s recusal without a military judge being appointed by the Deputy Chief Military Judge. Application dismissed.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Défense nationale. *Relations personnelles et fraternisation*, DOAD 5019-1, 11 juillet 2014.
Conseil Canadien de la magistrature. *Principes de Déontologie Judiciaire*, 2004.
Deschamps, Marie. *Examen externe sur l’inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015.
Directive du DPM n°016/17. *Nomination de procureurs spéciaux*, 12 avril 2017, mise à jour 15 décembre 2017.
Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*, London : Stevens, 1969.
McDonald, R.A. « The Trail of Discipline : The Historical Roots of Canadian Military Law » (1985), 1 *Rev. JAG* 1.
Zhou, Han-Ru. « *Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments » (2019), 97 *R. du B. can.* 275.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision (*R. c. Dutil*, 2019 CM 3003 (CanLII)) ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil en juin 2019 à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu’aucun juge militaire n’ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint. Demande rejetée.

APPEARANCES

Bernard Letarte, Vincent Veilleux and Pavol Janura for applicant.
Guy J. Pratte and Geneviève Fauteux for respondent Deputy Chief Military Judge.
Philippe-Luc Boutin for respondent Colonel Mario Dutil.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Borden, Ladner, Gervais LLP, Ottawa, for respondent Deputy Chief Military Judge.
Philippe-Luc Boutin, Dolbeau-Mistassini, Québec, for respondent Colonel Mario Dutil.

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

MARTINEAU J.:

I. Introduction

[1] This is an unprecedented situation that has been plaguing the military justice system for some time in the Canadian Forces (Forces). The case has caused quite a stir as the accused is in no way *quidam*: Colonel Mario Dutil, Chief Military Judge, was cited for a Standing Court Martial (the Court Martial). He must defend himself against fraud and false statement charges in an official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because he allegedly had a personal relationship with a non-commissioned officer, in this case, a court reporter who was apparently under his command (the charges).

[2] The charges were common knowledge and made headlines. The same day they were laid, on January 25, 2018, Commodore Geneviève Bernatchez (Judge Advocate General) issued a public release reaffirming the equality of each and every one before the law. However, Colonel Dutil's trial was adjourned on June 17, 2019, following Lieutenant-Colonel Louis-Vincent d'Auteuil's recusal (Deputy Chief Military Judge) (*R. v. Dutil*, 2019 CM 3003 (CanLII) (the

ONT COMPARU :

Bernard Letarte, Vincent Veilleux et Pavol Janura pour le demandeur.
Guy J. Pratte et Geneviève Fauteux pour le défendeur le juge militaire en chef adjoint.
Philippe-Luc Boutin pour le défendeur le colonel Mario Dutil.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour le demandeur.
Borden, Ladner, Gervais, S.E.N.C.L., S.R.L., Ottawa, pour le défendeur le juge militaire en chef adjoint.
Philippe-Luc Boutin, Dolbeau-Mistassini, Québec, pour le défendeur le colonel Mario Dutil.

Voici les motifs du jugement et du jugement rendus en français par

LE JUGE MARTINEAU :

I. Introduction

[1] C'est une situation sans précédent qui perturbe depuis quelque temps déjà l'administration de la justice militaire dans les Forces canadiennes (Forces). L'affaire fait grand bruit car l'accusé n'est pas n'importe quel *quidam* : le colonel Mario Dutil, juge militaire en chef, a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale). Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement (les accusations).

[2] Les accusations sont de notoriété publique et ont fait la manchette. Le jour même où celles-ci ont été portées, le 25 janvier 2018, la commodore Geneviève Bernatchez (juge-avocat général) a émis un communiqué public réaffirmant l'égalité de tous et chacun devant la loi. Toutefois, le procès du colonel Dutil a été ajourné le 17 juin 2019 à la suite de la récusation du lieutenant-colonel Louis-Vincent d'Auteuil (le juge militaire en chef adjoint) (*R. c. Dutil*,

recusal decision)). But no military judge was appointed by the Deputy Chief Military Judge for the reasons set out in the June 17, 2019, letter he filed in the Court Martial file (the non-assignment decision), giving rise to this application for judicial review.

[3] The legality and reasonableness of the recusal decision are not at issue today. In this case, this applicant, the Director of Military Prosecutions, is seeking a writ of *mandamus* to force the Deputy Chief Military Judge, in his capacity as designate judge, with the jurisdiction to allocate set out in section 165.25 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (NDA), to assign a military judge from among the other eligible military judges to preside at the Court Martial. Alternatively, the applicant is also seeking a writ of *certiorari* for the purposes of setting aside the non-assignment decision (the impugned decision).

[4] In this file, the Attorney General of Canada is protecting the applicant's interests, if not those of the Judge Advocate General and Defence Staff, who were also involved in the decision to lay charges against the Chief Military Judge. Be that as it may, it is highly irregular, and most unusual, that the federal board was unilaterally named as the respondent in the notice of application for judicial review, and forced to defend itself, without the applicant having obtained prior leave of this Court (subsections 303(1) and (2) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106; *Northwestern Utilities Ltd. and al. v. Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at pages 709–710).

[5] At the start of the hearing on October 15, 2019, and after hearing the oral submissions from counsel, the Court thus added Colonel Dutil as a respondent, which resulted in an adjournment of a few weeks. The case was heard on the merits on November 27, 28 and 29, 2019. On February 3, 2020, during the Court deliberations, the parties brought to its attention the decision handed down on January 10, 2020, in *R. v. Pett*, 2020 CM 4002 (CanLII) (*Pett*), and were able to submit additional

2019 CM 3003 (CanLII) (la décision de récusation)). Mais aucun juge militaire n'a été désigné par le juge militaire en chef adjoint pour les motifs énoncés dans la lettre du 17 juin 2019 qu'il a déposée au dossier de la Cour martiale (la décision de non-désignation), d'où la présente demande de contrôle judiciaire.

[3] La légalité et la raisonabilité de la décision de récusation ne sont pas en cause aujourd'hui. En l'espèce, le présent demandeur, le directeur des poursuites militaires, recherche l'émission d'un bref de *mandamus* pour forcer le juge militaire en chef adjoint, en sa qualité de juge délégué, investi du pouvoir d'attribution prévu à l'article 165.25 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 (LDN), de désigner un juge militaire parmi les autres juges militaires éligibles pour présider la Cour martiale. Subsidièrement, le demandeur recherche également l'émission d'un bref de *certiorari* aux fins de casser la décision de non-désignation (la décision contestée).

[4] Dans le présent dossier, le procureur général du Canada défend les intérêts du demandeur, voire ceux du juge-avocat général et de l'état-major de la défense, qui ont également été impliqués dans la décision de porter les accusations contre le juge militaire en chef. Il n'empêche, il est hautement irrégulier, et pour le moins inusité, que l'office fédéral ait été désigné unilatéralement comme défendeur dans l'avis de demande de contrôle judiciaire, et soit forcé de se défendre lui-même, sans que le demandeur ait obtenu préalablement l'autorisation de cette Cour (paragraphe 303(1) et (2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, aux pages 709–710).

[5] À l'ouverture de l'audition le 15 octobre 2019, et après avoir entendu les représentations orales des procureurs, la Cour a donc ajouté le colonel Dutil à titre de défendeur, ce qui a entraîné un ajournement de quelques semaines. L'affaire a été entendue au mérite les 27, 28 et 29 novembre 2019. Le 3 février 2020, durant le délibéré de la Cour, les parties ont porté à son attention la décision rendue le 10 janvier 2020 dans *R. c. Pett*, 2020 CM 4002 (CanLII) (*Pett*), et ont pu soumettre des

representations regarding the relevance and impact of this decision, which is currently subject to an appeal by the accused (Docket CMAC-603 [*Master Corporal K.G. Pett v. Her Majesty the Queen*]).

[6] This application for judicial review is dismissed for the reasons that follow.

II. Issue

[7] Colonel Dutil is entitled to be tried within a reasonable time in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (paragraphs 11(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter)).

[8] However, herein lies the problem: is there a military judge who can be assigned today by the Deputy Chief Military Judge to preside at the Court Martial without a reasonable apprehension of bias yet again arising?

[9] Furthermore, the Court Martial is governed by the provisions of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. 31 (OLA). Given that Colonel Dutil opted for his proceedings to be in French, the decision maker should moreover understand French without the assistance of an interpreter (paragraph 16(1)(b) of the OLA; *R. v. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII)).

[10] Yet, there are indeed three potential candidates from among the current contingent of military judges who are Regular Force officers (section 165.21 of the NDA): commanders Martin Pelletier (appointed military judge on April 10, 2014), Sandra Sukstorf (appointed on February 17, 2017) and Julie Deschênes (appointed on May 23, 2019) (the other eligible military judges). Yet none were assigned by the Deputy Chief Military Judge, for the reasons set out in the impugned decision of June 17, 2019, which must be read in conjunction with the recusal decision.

représentations additionnelles concernant la pertinence et l'impact de cette dernière décision qui fait présentement l'objet d'un appel par l'accusé (dossier CMAC-603 [*Master Corporal K.G. Pett v. Her Majesty the Queen*]).

[6] La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée pour les motifs qui suivent.

II. La problématique

[7] Le colonel Dutil a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès juste et équitable (alinéas 11b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte)).

[8] Mais voici le problème : y a-t-il un juge militaire qui puisse, aujourd'hui, être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève, encore une fois, une crainte raisonnable de partialité?

[9] Qui plus est, la Cour martiale est régie par les dispositions de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (LLO). Le colonel Dutil ayant opté pour un procès en français, le décideur devra par ailleurs comprendre le français sans l'aide d'un interprète (alinéa 16(1)b) de la LLO; *R. c. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII)).

[10] Tant sans faute, il y a bien trois candidats potentiels parmi le contingent actuel de juges militaires qui sont des officiers de la force régulière (article 165.21 de la LDN) : les capitaines de frégate Martin Pelletier (nommé juge militaire le 10 avril 2014), Sandra Sukstorf (nommée le 17 février 2017) et Julie Deschênes (nommée le 23 mai 2019) (les autres juges militaires éligibles). Mais aucun n'a été désigné par le juge militaire en chef adjoint, et ce, pour les motifs contenus dans la décision contestée du 17 juin 2019, laquelle doit être lue en conjonction avec la décision de récusation.

III. General legal framework: the distinctiveness of military law

[11] First, so as to allow a better understanding of the issues and respective positions of the parties, it seems necessary to insist on the contextual aspects—legal and factual—that are specific and unique to this case, at the risk of prolonging the current reasons. However, it must be clear that, in addressing the specific problem of the complex questions arising around the impugned decision, this Court is in no way suggesting that it interfere in the role played by the Court Martial as a trier of facts and merits, nor interfere in the applicant exercising discretion regarding charges and military prosecutions.

A. *Code of Service Discipline*

[12] As the Supreme Court recently noted, the military justice system has gone from a disciplinary model centred around a command that provides poor procedural safeguards for a parallel justice system greatly similar to the penal justice system (*R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, 436 D.L.R. (4th) 193 (*Stillman*), at paragraph 53; for a detailed history, see R. A. McDonald, “The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law” (1985), 1 *JAG Journal* 1, at pages 1–28).

[13] In effect, the purpose of the Code of Service Discipline (Part III of the NDA) is to maintain discipline, efficiency and morale of the military (*R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485 (*Moriarity*), at paragraph 46). Section 130 of the NDA “creates an offence under the Code of Service Discipline” of violations of federal laws, including the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (*Moriarity*, at paragraph 7).

[14] Nonetheless, the Code of Service Discipline establishes a hybrid system. All officers and service members subject to the Code of Service Discipline are subject, in the case of committing service offences or offences punishable by ordinary law integrated in the Code of Service Discipline (section 130 of the NDA), to various sentences ranging in decreasing severity from

III. Le cadre juridique général : le particularisme du droit militaire

[11] Dans un premier temps, de façon à permettre une meilleure compréhension des enjeux et des positions respectives des parties, il nous apparaît nécessaire d’insister sur les aspects contextuels — juridiques et factuels — qui sont particuliers et uniques dans le présent dossier, au risque d’allonger les présents motifs. Il doit cependant être clair qu’en abordant la problématique particulière des questions complexes se soulevant en périphérie de la décision contestée, la présente Cour n’entend d’aucune manière s’immiscer dans le rôle que joue la Cour martiale en tant que juge des faits et juge du fond, ni interférer dans l’exercice de la discrétion que possède le demandeur en matière d’accusations et de poursuites militaires.

A. *Code de discipline militaire*

[12] Comme le rappelait récemment la Cour suprême, le système de justice militaire est passé d’un modèle de discipline centré sur le commandement qui offrait de faibles garanties procédurales à un système de justice parallèle s’apparentant beaucoup au système de justice pénale (*R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, au paragraphe 53; pour un historique détaillé, voir R. A. McDonald, « The Trail of Discipline : The Historical Roots of Canadian Military Law » (1985), 1 *Rev. JAG* 1, aux pages 1 à 28).

[13] De fait, le Code de discipline militaire (la partie III de la LDN) a pour objectif de maintenir la discipline, l’efficacité et le moral des forces armées (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485 (*Moriarity*), au paragraphe 46). L’article 130 de la LDN « érige en infractions visées par le code de discipline militaire » les infractions aux lois fédérales, dont le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (*Moriarity*, au paragraphe 7).

[14] Il n’empêche, le Code de discipline militaire établit un système hybride. Tous les officiers et les militaires du rang justiciables du Code de discipline militaire sont passibles, en cas de la perpétration des infractions d’ordre militaire ou de droit commun intégrées au Code de discipline militaire (article 130 de la LDN), de peines diverses allant en ordre décroissant de l’emprisonnement

imprisonment for life, imprisonment for two years or more, dismissal with disgrace from Her Majesty's service, imprisonment for less than two years, dismissal from Her Majesty's service, detention, reduction in rank, forfeiture of seniority, severe reprimand, reprimand, fine and minor punishments—the appropriate authority has the power to impose on the offender less punishment than the maximum punishment set out in the Code of Service Discipline (sections 139–146 of the NDA).

[15] The NDA is silent about the application or non-application of the Code of Service Discipline to a military judge—including the Chief Military Judge and the Deputy Chief Military Judge. Nevertheless, at the time of their appointment, the persons appointed for this purpose must be officers (in addition to being members of a provincial bar), and serving legal officers while performing their judicial duties. It was thus recently decided that military judges are subject to the Code of Service Discipline similar to any officer or non-commissioned member described in subsection 60(1) of the NDA (*Pett*, at paragraphs 14–15). Moreover, under section 165.231 of the NDA, a military judge has the same immunity from liability as a judge of a superior court of criminal jurisdiction. However, a military judge is not immune from liability under the Code of Service Discipline in relation to what he or she says and does outside the performance of their judicial duties (*Pett*, at paragraphs 71–72).

[16] At first glance, there is nothing stopping Colonel Dutil from being charged, dealt with and tried before the Court Martial in respect of any service offence he may have allegedly committed while performing his duties as a military judge or Chief Military Judge, even after ceasing to be a Regular Force officer after the offence was committed (subsection 60(2) of the NDA; *Pett*, at paragraph 21).

[17] Since the prosecution abandoned certain charges at the beginning of the trial, Colonel Dutil must now face charges of fraud and false statement in an official document as well, conduct to the prejudice of good order and discipline. The fraud charges are, in particular, connected to the *Criminal Code* and section 130 of the NDA, and therefore, not exclusive to the military justice

à perpétuité, à l'emprisonnement de deux ans ou plus, à la destitution ignominieuse du service de sa Majesté, à l'emprisonnement de moins de deux ans, à la destitution du service de sa Majesté, à la détention, à la rétrogradation, à la perte de l'ancienneté, au blâme, à la réprimande, à l'amende et à des peines mineures — l'autorité compétente ayant le pouvoir d'imposer à l'auteur de l'infraction une peine moindre à la peine maximale prévue au Code de discipline militaire (articles 139 à 146 de la LDN).

[15] La LDN est silencieuse quant à l'application ou la non-application du Code de discipline militaire à un juge militaire — incluant le juge militaire en chef et le juge militaire en chef adjoint. Néanmoins, les personnes nommées à cette charge doivent être des officiers au moment de leur nomination (en plus d'être des avocats au barreau d'une province), et ils demeurent des officiers durant l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Il a donc été décidé récemment que les juges militaires sont justiciables du Code de discipline militaire à l'instar de tout officier ou militaire du rang visé au paragraphe 60(1) de la LDN (*Pett*, aux paragraphes 14–15). Au demeurant, en vertu de l'article 165.231 de la LDN, les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une Cour supérieure de juridiction criminelle. Toutefois, cette immunité ne vise pas un acte étranger à l'exercice des fonctions judiciaires en question, ni la perpétration d'une infraction au Code de discipline militaire (*Pett*, aux paragraphes 71–72).

[16] À première vue, rien n'empêche donc que le colonel Dutil puisse être accusé, poursuivi et jugé devant la Cour martiale pour toute infraction d'ordre militaire qu'il aurait pu commettre alors qu'il exerçait les fonctions de juge militaire ou de juge militaire en chef, et ce, même s'il pourrait cesser, depuis que l'infraction a été commise, d'être un officier de la force régulière (paragraphe 60(2) de la LDN; *Pett*, au paragraphe 21).

[17] Suite à l'abandon par la poursuite à l'ouverture du procès de certains chefs d'accusation, le colonel Dutil doit donc aujourd'hui faire face à des accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, d'une part, et de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline, d'autre part. Les accusations de fraude se rattachent notamment au *Code criminel* et à l'article 130

system. Conversely, the charge of conduct to the prejudice of good order and discipline (section 129 of the NDA) is unique to the Code of Service Discipline and relates to an offence of a specific order, directive DAOD [Defence Administrative Orders and Directives] 5019-1 [*Personal Relationship and Fraternalization*], because Colonel Dutil allegedly had a personal relationship with a non-commissioned officer, in this case a court reporter who was apparently under his command.

[18] In this case, if Colonel Dutil was found guilty by the Court Martial, as a maximum sentence, he risks imprisonment, not counting his dismissal with disgrace from her Majesty's service. Therefore, in a context in which the Court Martial deals with an issue that is disciplinary in nature having serious consequences with respect to the freedom and career of the accused in the Forces, and that the presumption of innocence plays a central role in the issue to be decided, namely, whether or not Colonel Dutil is guilty, the issue of impartiality of the military judge assigned to preside at Colonel Dutil's Court Martial must naturally be treated with the same rigour as a judge of a superior court of criminal jurisdiction (recusal decision, at paragraph 58; *R. v. Leblanc*, 2011 CMAC 2, 281 C.C.C. (3d) 451).

B. Directive DAOD 5019-1

[19] In the civilian world, there is nothing that prevents two work colleagues—consenting adults—from entering into a romantic relationship and pursuing it outside the workplace. They do not require anyone's permission. Such a relationship is not at all criminal in and of itself. However, in the army, there are certain nuances because a personal relationship—defined as an emotional, romantic, sexual or family relationship—must not have an adverse effect on “the security, cohesion, discipline or morale of a unit” (emphasis added) [at paragraph 5.1].

[20] A symbolic value of the entire army, unit cohesion (“esprit de corps”) embodies this unique fraternity—transcending hierarchical levels—which ensures that members accomplish their mission, especially in combat or high-stress situations. The issue of consent has

de la LDN et ne sont donc pas exclusives au système de justice militaire. À l'opposé, l'accusation de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la LDN) est unique au Code de discipline militaire et se rattache à une infraction à un ordre précis, ici la directive DOAD [Directives et ordonnances administratives de la défense] 5019-1 [*Relations personnelles et fraternisation*], parce que le colonel Dutil aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement.

[18] En l'espèce, si le colonel Dutil est déclaré coupable par la Cour martiale, comme peine maximale, il risque l'emprisonnement, sans compter sa destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. Dans un contexte donc où la Cour martiale traite d'une question de nature disciplinaire aux conséquences sérieuses sur le plan de la liberté et de la carrière dans les Forces de l'accusé, et que la présomption d'innocence joue un rôle central dans la question à être tranchée, soit la culpabilité ou non du colonel Dutil, la question de l'impartialité du juge militaire désigné pour présider la Cour martiale du colonel Dutil doit naturellement être traitée avec la même rigueur qu'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle (décision de récusation, au paragraphe 58; *R. c. Leblanc*, 2011 CACM 2).

B. Directive DOAD 5019-1

[19] Dans le monde civil, rien n'empêche deux collègues de travail — des adultes consentants — de commencer une relation amoureuse et de la poursuivre à l'extérieur des lieux de travail. Ils n'ont aucune permission à demander à quiconque. Avoir une telle relation n'a rien de criminel en soi. Mais dans l'armée, des nuances s'imposent car une relation personnelle — définie comme une relation affective, romantique, sexuelle ou familiale — ne doit pas nuire « à la sécurité, à la cohésion, à la discipline ou au moral d'une unité » (je souligne) [au paragraphe 5.1].

[20] Valeur emblématique de toute armée, l'esprit de corps (« *unit cohesion* ») est cette fraternité unique — transcendant les niveaux hiérarchiques — qui assure la cohésion de l'unité et permet aux militaires d'accomplir leur mission, particulièrement en situation de combat ou

nothing to do with it: even consensual, a romantic relationship can have an adverse effect on unit cohesion. (See Chapter 5019-1 of the Defence Administrative Orders and Directives (DAOD) – *Personal Relationships and Fraternalization* (directive DAOD 5019-1); see also Marie Deschamps, *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015, at pages 41–42).

[21] It follows that CAF [Canadian Armed Forces] members must notify their chain of command of any personal relationship that could compromise the objectives of directive DAOD 5019-1. On an administrative level, CAF members who are known to be, or have declared themselves to be involved, in a personal relationship must normally not be posted to the same unit. A CAF member in a personal relationship with another CAF member, shall not be involved, regardless of rank or authority, in the other person's performance assessment, postings, duties or scheduling for duties. Administrative action must also be taken to separate CAF members who are involved in such a relationship (directive DAOD 5019-1).

[22] Note that the main purpose of subsection 129(2) of the NDA is to give effect to regulations made by civilian authorities concerning “the organization, training, discipline, efficiency, administration and good government of the Canadian Forces” (section 12 of the NDA), and to enforce all orders and instructions issued by the Chief of Defence Staff that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister of National Defence (Minister), as mentioned in subsection 18(2) of the NDA (*R. v. Master-Corporal G.C. Steeves and ex-Private K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII), at paragraph 12). Consequently, any member who does not comply with directive DAOD 5019-1 may be charged with an offence and contraventions prejudicial to good order and discipline (paragraph 129(2)(b) of the NDA).

[23] In this case, the Office of the Chief Military Judge is indeed a “unit” of the Forces as determined by the Chief of the Defence Staff (section 17 of the NDA; articles 2.07 and 4.091 of the *Queen's Regulations and Orders* (QR&O) for

de grand stress. La question de consentement n'a rien à voir : même consensuelle, une relation amoureuse peut nuire à la cohésion de l'unité. (Voir le chapitre 5019-1 des Directives et ordonnances administratives de la défense (DOAD) — *Relations personnelles et fraternisation* (directive DOAD 5019-1); voir aussi Marie Deschamps, *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015, aux pages 41–42).

[21] Il s'ensuit que les militaires doivent aviser leur chaîne de commandement de toute relation personnelle pouvant nuire aux objectifs de la directive DOAD 5019-1. Sur le plan administratif, les militaires dont on sait qu'ils entretiennent une relation personnelle, ou qu'ils l'ont révélée, ne doivent normalement être affectés à la même unité. Le militaire qui a une relation personnelle avec un autre militaire ne doit pas, peu importe son grade ou ses fonctions, intervenir dans la vie professionnelle de cette personne, notamment dans les évaluations de rendement, des affectations, les fonctions et horaires de travail. On doit également prendre des mesures administratives pour éloigner les militaires engagés dans une telle relation (directive DOAD 5019-1).

[22] Rappelons que l'objet principal du paragraphe 129(2) de la LDN est de donner effet aux règlements pris par les autorités civiles concernant « l'organisation, l'instruction, la discipline, l'efficacité et la bonne administration des Forces canadiennes » (article 12 de la LDN), et de faire exécuter tous les ordres et directives émanant du chef d'état-major de la défense pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre de la Défense (ministre), comme il est indiqué au paragraphe 18(2) de la LDN (*R. c. Caporal-chef G.C. Steeves et Ex-Soldat K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII), au paragraphe 12). En conséquence, tout militaire qui ne respecte pas la directive DOAD 5019-1 peut être accusé de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline (l'alinéa 129(2)b) de la LDN).

[23] Dans le cas qui nous occupe, le Cabinet du juge militaire en chef est bel et bien une « unité » des Forces tel que déterminé par le chef d'état-major de la défense (article 17 de la LDN; articles 2.07 et 4.091 des *Ordonnances*

the Canadian Forces (QR&O). Directive DAOD 5019-1 therefore applies to this unit. However, under chapter 4 [articles 4.01–4.61] of the QR&O, an officer shall report to the proper authority any infringement of the pertinent statutes, regulations, rules and instructions governing the conduct of any person subject to the Code of Service Discipline when the officer cannot deal adequately with the matter (article 4.02). We will see later on that this is what happened in this case in summer 2015, following intervention by the former legal adviser of the Office of the Chief Military Judge.

C. Court martial prosecution and convening

[24] Following investigation by military police, charges can be brought against a person subject to the Code of Service Discipline under the NDA in a Record of Disciplinary Proceedings (RDP). The RDP is the military law equivalent of an information in the criminal law context (see *R. v. Edmunds*, 2018 CMAC 2, at paragraph 2). Moreover, note that a legal opinion from a legal officer (and therefore falling under the Judge Advocate General) is required prior to laying a charge against a military judge (subsection 164(1.3) of the NDA; article 107.03 of the QR&O [Vol. II – Disciplinary]; *Pett*, at paragraph 31).

[25] Non-compliance with an order or directive falls under the discretion of the commanding officer and immediate supervisors, as this is, first and foremost, a disciplinary matter. However, after the charges are laid in the RDP, they are referred to an officer who is a commanding officer in respect of the accused person (section 161.1 of the NDA). The commanding officer then decides whether it is worth pursuing the charges, which can be dealt with summarily by a senior commander or, if applicable, referred to the Director of Military Prosecutions. In many cases, the CAF member accused of conduct to the prejudice of good order and discipline will be swiftly tried and punished by their commanding officer, i.e., a senior commander. However, the situation is not as simple in cases involving personnel from the Office of the Chief Military Judge, for the following reasons.

et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) (ORFC). La directive DOAD 5019-1 s'applique donc à cette unité. Or, en vertu du chapitre 4 [articles 4.01–4.61] des ORFC, tout officier doit signaler aux autorités compétentes toute infraction aux lois, aux règlements, règles et directives pertinentes qui régissent la conduite de toute personne justiciable du Code de discipline militaire, quand il ne peut lui-même régler la question de façon satisfaisante (article 4.02). Nous verrons plus loin que c'est ce qui est arrivé en l'espèce durant l'été 2015 suite à l'intervention de l'ancienne conseillère juridique du Cabinet du juge militaire en chef.

C. La poursuite et la convocation d'une cour martiale

[24] Suivant enquête de la police militaire, des accusations contre un justiciable du Code de discipline militaire peuvent être formulées en vertu de la LDN dans un procès-verbal de procédure disciplinaire (PVPD). Le PVPD est l'équivalent en droit militaire d'une dénonciation (voir *R. c. Edmunds*, 2018 CACM 2, au paragraphe 2). Notons par ailleurs qu'un avis juridique d'un avocat militaire (et donc relevant du juge-avocat général) est nécessaire avant de porter une accusation contre un juge militaire (paragraphe 164(1.3) de la LDN; article 107.03 des ORFC [vol. II – Discipline]; *Pett*, au paragraphe 31).

[25] Le non-respect d'un ordre ou d'une directive relève des pouvoirs du commandant et des supérieurs hiérarchiques, car c'est avant tout une matière disciplinaire. Une fois, donc, que les accusations ont été consignées dans le PVPD, celles-ci sont déferées au commandant de l'accusé (article 161.1 de la LDN). Le commandant décide alors s'il y a lieu d'aller plus loin avec les accusations, qui peuvent être traitées par voie sommaire par un commandant supérieur, ou référées, le cas échéant, au directeur des poursuites militaires. Dans beaucoup de cas, le militaire ayant eu un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline sera promptement jugé et puni par son commandant, voire un commandant supérieur. Mais la situation n'est pas aussi simple dans le cas des effectifs du Cabinet du juge militaire en chef. Voici pourquoi.

[26] The Chief Military Judge holds a rank that is not less than colonel (subsection 165.24(2) of the NDA). However, although the Chief Military Judge has the powers and jurisdiction of an officer commanding a command with respect to the Office of the Chief Military Judge, the Chief Military Judge shall not exercise the powers or jurisdiction of a commanding officer or an officer commanding a command in respect of any disciplinary matter or a grievance (article 4.091 of the QR&O). The Chief Military Judge can therefore not discipline an officer or non-commissioned member (which includes a non-commissioned officer) in their unit who has committed an offence under the Code of Service Discipline. The disciplinary powers in question are instead vested to the officer who is appointed from time to time to the position of commanding officer at the Forces Base (Ottawa, Gatineau), with respect to any disciplinary matter regarding an officer, except for a military judge, or a non-commissioned member employed by the Office of the Chief Military Judge (paragraph 1c) of the order dated October 2, 2019 from General J.H. Vance, Chief of the Defence Staff (order dated October 2, 2019)). In the event that a non-commissioned member of the Office of the Chief Military Judge has a prejudicial personal relationship, immediate action must be taken by the commanding officer against the two individuals in question. However, what happens when a military judge is involved?

[27] First, subsection 164(1.3) of the NDA expressly states that a superior commander may not try a military judge by summary trial, such that it is up to the Chief of the Defence Staff himself or herself, or even the officer commanding a command set out in subsection 18(1) of the NDA (the referral authority) to defer the charges to the Director of Military Prosecutions (section 164.2 of the NDA). The referral authority makes recommendations that he or she considers appropriate (subsection 164.2(1) of the NDA). Under the order dated October 2, 2019, the Deputy Vice Chief of the Defence Staff and the Vice Chief of the Defence Staff can respectively exercise the powers and qualifications of a commanding officer and a senior commander in respect of any disciplinary case against a military judge employed by the Office of the Chief Military Judge.

[26] Le juge militaire en chef détient au moins le grade de colonel (paragraphe 165.24(2) de la LDN). Or, bien que le juge militaire en chef possède les pouvoirs et la compétence d'un officier commandant en ce qui concerne le Cabinet du juge militaire en chef, il ne peut cependant exercer ni les pouvoirs ni la compétence d'un commandant ou d'un officier commandant un commandement en ce qui a trait à toute question disciplinaire ou pouvant faire l'objet d'un grief (article 4.091 des ORFC). Le juge militaire en chef ne peut donc pas discipliner un officier ou un militaire du rang (ce qui inclut un sous-officier) de son unité qui a commis une infraction au Code de discipline militaire. Les pouvoirs disciplinaires en question sont plutôt dévolus à l'officier qui est nommé de temps à autre au poste de commandant de base des Forces (Ottawa, Gatineau), et ce, en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un officier, autre qu'un juge militaire, ou d'un militaire du rang, qui figure à l'effectif du Cabinet du juge militaire en chef (paragraphe 1c) de l'ordre du 2 octobre 2019 du général J.H. Vance, chef d'état-major de la défense (ordre du 2 octobre 2019)). Dans le cas où un militaire du rang du Cabinet du juge militaire en chef a une relation personnelle préjudiciable, des actions immédiates peuvent être prises par le commandant contre les deux individus en question. Mais qu'en est-il lorsque c'est un juge militaire qui est impliqué?

[27] Premièrement, le paragraphe 164(1.3) de la LDN prévoit expressément que le commandant supérieur ne peut juger sommairement un juge militaire, de sorte qu'il appartient au chef de l'état-major de la défense lui-même, ou bien à l'officier commandant un commandement désigné en vertu du paragraphe 18(1) de la LDN (l'autorité de renvoi) de déférer les accusations au directeur des poursuites militaires (article 164.2 de la LDN). L'autorité de renvoi formule les recommandations qu'elle juge pertinentes (paragraphe 164.2(1) de la LDN). En vertu de l'ordre du 2 octobre 2019, le vice-chef d'état-major adjoint de la défense et au vice-chef d'état-major de la défense peuvent exercer respectivement les pouvoirs et compétences d'un commandant et d'un commandant supérieur en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un juge militaire qui figure à l'effectif du cabinet du juge militaire en chef.

[28] Second, when charges are referred by the referral authority to the Director of Military Prosecutions, they are responsible for determining whether or not the charges must be brought before a court martial (*Pett*, at paragraph 25). In this case, the latter cannot try a person without a formal charge. A charge is preferred when the charge sheet in respect of the charge is signed by the Director of Military Prosecutions, or an officer authorized by the Director of Military Prosecutions to do so, and filed with the Court Martial Administrator (section 165 of the NDA).

[29] Third, two types of courts martial exist: the General Court Martial and the Standing Court Martial. Both may try any person who is liable to be charged, dealt with and tried on a charge of having committed a service offence (sections 166 and 173 of the NDA). However, courts martial are unique in that they are formed and dissolved for each case. Therefore, there is no court martial provided that the Court Martial Administrator has not convened a General Court Martial or a Standing Court Martial (sections 165.19 and 165.192 of the NDA; *Pett*, at paragraphs 33–35). That said, the administrator performs their duties under the direction of the Chief Military Judge or the military judge to whom they delegated their powers (subsection 165.191(3) and section 165.27 of the NDA).

[30] Fourth, the Court Martial Administrator appoints the members of a General Court Martial (subsection 165.191(1) of the NDA). That said, the Chief Military Judge or their delegate (other than a military judge from the reserve force) assigns a military judge to preside at courts martial (general or standing) and entrusts them to perform the other judicial duties under the Act (sections 165.25 and 165.26 of the NDA). In addition, it goes without saying that the Chief Military Judge or their delegate must step back from any external interference regarding questions directly concerning the judicial duties of courts martial, including assigning military judges.

[31] Fifth, legal officers from the Office of the Judge Advocate General and Office of the Director of Military Prosecutions are called upon daily to process files that can result in a court martial and to represent the prosecution, where applicable. However, under the terms of DMP

[28] Deuxièmement, lorsque des accusations ont été référées par l'autorité de renvoi au directeur des poursuites militaires, il lui appartient de déterminer si des accusations doivent être ou non portées devant une cour martiale (*Pett*, au paragraphe 25). En l'espèce, cette dernière ne peut juger une personne sans une accusation formelle. La mise en accusation est prononcée lorsqu'est déposé auprès de l'administrateur de la cour martiale un acte d'accusation signé par le directeur des poursuites militaires ou un officier dûment autorisé par lui à le faire (article 165 de la LDN).

[29] Troisièmement, il existe deux types de cour martiale : la cour martiale générale et la cour martiale permanente. Toutes deux ont compétence en matière d'infractions d'ordre militaire imputées à toute personne justiciable du code de discipline militaire (articles 166 et 173 de la LDN). Or, les cours martiales ont ceci d'unique qu'elles sont formées et dissoutes pour chaque instance. Il n'y a donc pas de cour martiale tant que l'administrateur de la cour martiale n'a pas convoqué une cour martiale générale ou une cour martiale permanente (articles 165.19 et 165.192 de la LDN; *Pett*, aux paragraphes 33–35). Cela dit, l'administrateur exerce ses fonctions sous la direction du juge militaire en chef ou du juge militaire à qu'il a délégué ses pouvoirs (paragraphe 165.191(3) et article 165.27 de la LDN).

[30] Quatrièmement, c'est l'administrateur de la cour martiale qui nomme les membres d'une cour martiale générale (paragraphe 165.191(1) de la LDN). Cela dit, c'est le juge militaire en chef ou son délégué (autre qu'un juge militaire de la force de réserve), qui désigne un juge militaire pour chaque cour martiale (générale ou permanente) et lui confie les autres fonctions judiciaires prévues dans la loi (articles 165.25 et 165.26 de la LDN). Et, il va de soi que le juge militaire en chef ou son délégué doivent demeurer à l'abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire des cours martiales, incluant la désignation des juges militaires.

[31] Cinquièmement, les avocats militaires du Cabinet du juge-avocat général et du bureau du directeur des poursuites militaires sont appelés quotidiennement à traiter de dossiers pouvant se rendre en cour martiale et à représenter la poursuite le cas échéant. Toutefois, aux

[Director of Military Prosecutors] Policy Directive # 016/17 [*Appointment of Special Prosecutors*], when there is a risk of a conflict of interest, either apparent or real, in terms of prosecution that could undermine public trust in the administration of military justice, a special prosecutor must be appointed. Nevertheless, appointing a special prosecutor does nothing to change the legislated situation, such that only the Director of Military Prosecutions is granted the authority to decide who is brought before a court martial and on what charges (*Pett*, at paragraph 27).

[32] Lastly, it is necessary to make an aside on the role of Judge Advocate General that Judge Pelletier described in *Pett* as “all encompassing” (*Pett*, at paragraph 29). Under subsection 9.1(2) of the NDA, the Judge Advocate General—who holds a rank that is not less than brigadier-general (section 9.4 of the NDA)—has the superintendence of the administration of military justice in the Canadian Forces. For all practical purposes, the Judge Advocate General acts as legal adviser to the Governor General, the Minister, the Department and the Canadian Forces in matters relating to military law, even though it is understood that this is not in derogation of the authority of the Minister of Justice and Attorney General of Canada (sections 9.1 and 10.1 of the NDA). That said, the Director of Military Prosecutions acts under the general supervision of the Judge Advocate General (subsection 165.17(1) of the NDA).

D. Independence of the Office of the Chief Military Judge

[33] It is also important that military tribunals be as free as possible from the interference of the members of the military hierarchy, that is, the persons who are responsible for maintaining the discipline, efficiency and morale of the Armed Forces (*R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 (*Généreux*), at paragraphs 83, 98). The issue of independence of courts martial and military judges is a complex issue which has generated much debate since 1992, and which still exists in 2020: public trust, and especially that of military personnel, in the military justice system is based on, among other things, the independence of the Office of the Chief Military Judge.

termes de la Directive du DPM [Directeur des poursuites militaires] n° 016/17 [*Nomination de procureurs spéciaux*], lorsqu’il y a un risque de conflit d’intérêts, apparent ou réel, en matière de poursuite qui pourrait ébranler la confiance du public envers l’administration de la justice militaire, un procureur spécial doit être désigné. Il n’empêche, la désignation d’un procureur spécial ne change en rien la situation législative à l’effet que seul le directeur des poursuites militaires a l’autorité légale de déposer des accusations en cour martiale (*Pett*, au paragraphe 27).

[32] Enfin, il est nécessaire de faire un aparté sur le rôle du juge-avocat général que le juge Pelletier a décrit dans la décision *Pett* comme étant « *all encompassing* » (*Pett*, au paragraphe 29). En vertu du paragraphe 9.1(2) de la LDN, le juge-avocat général — qui détient au moins le grade de brigadier-général (article 9.4 de la LDN) — exerce son autorité sur tout ce qui touche l’administration de la justice militaire au sein des Forces. À toutes fins pratiques, le juge-avocat général agit à titre de conseiller juridique du gouverneur général, du ministre et du ministère de la Défense, et des Forces pour les questions militaires, même s’il est entendu que ceci ne modifie en rien les attributions du ministre de la Justice et du procureur général du Canada (articles 9.1 et 10.1 de la LDN). Cela dit, le directeur des poursuites militaires exerce ses fonctions sous la direction générale du juge-avocat général (paragraphe 165.17(1) de la LDN).

D. Indépendance du Cabinet du juge militaire en chef

[33] Il faut également que les tribunaux militaires soient le plus possible à l’abri de l’ingérence des membres de la hiérarchie militaire, c’est-à-dire des personnes qui sont chargées du maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des Forces (*R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*), aux paragraphes 83, 98). La question de l’indépendance des cours martiales et des juges militaires est une question épineuse qui a donc fait couler beaucoup d’encre depuis 1992, et qui est toujours d’actualité en 2020 : la confiance du public, et plus particulièrement celle des militaires, envers le système de justice militaire repose, entre autres choses, sur l’indépendance du Cabinet du juge militaire en chef.

[34] Prior to *Généreux*, the Judge Advocate General had full authority to assign the judge advocate who would preside at a court martial from among their personnel, all the while knowing that the individual would return to their duties under their direction once the trial was completed. In spite of the concerns regarding judicial independence raised in *Généreux*, it was not until 2011 that military judges “held office during good behaviour” until the age of retirement (from 1998 to 2011, military judges held office “during good behaviour” for a five-year term, renewable on the recommendation of an Inquiry Committee established under regulations made by the Governor in Council) (section 2 of the *Security of Tenure of Military Judges Act*, S.C. 2011, c. 22). In practice, unless they are “removed” in accordance with the procedure set out in the Act, military judges hold office until the age of 60 years, unless they resign in the interim (subsections 165.21(3), (4) and (5) of the NDA).

[35] Since the 2013 reform (*Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act*, S.C. 2013, c. 24), there are now two types of military judge: (1) a military judge who is an officer in the Regular Force (subsection 165.21(1) of the NDA); and (2) a military judge who is an officer in the Reserve Force (subsection 165.22(1) of the NDA). However, in the latter case, there are currently no names on the Reserve Force Military Judges Panel.

[36] As with civilian judges, the conduct of military judges may be subject to a complaint before an independent executive judicial body and the Chief of the Defence Staff. In particular, “having been guilty of misconduct” “*manquement à l’honneur et à la dignité*”, “having being placed ... in a position incompatible with the due execution of his or her judicial duties” (“*un manquement aux devoirs de la charge du juge militaire, [ou encore] une situation d’incompatibilité*”), may constitute separate grounds rendering the military judge—including the Chief Military Judge—incapacitated or disabled from the due execution of his or her duties (subparagraphs 165.32(7)(a)(ii), (iii) and (iv) of the NDA).

[37] Although the passing of an Act is not necessary to remove a military judge, as is the case for a federal or provincial civilian judge, the Military Judges Inquiry

[34] Avant l’arrêt *Généreux*, le juge-avocat général avait pleine autorité pour désigner le juge-avocat qui siègerait sur une cour martiale parmi ses effectifs, tout en sachant que ce dernier retournerait à ses tâches sous sa direction une fois le procès complété. Malgré les craintes quant à l’indépendance judiciaire soulevées dans l’arrêt *Généreux*, il aura fallu attendre 2011 pour que les juges militaires soient nommés à « titre inamovible » jusqu’à l’âge de la retraite (les juges militaires étant entre 1998 et 2011 nommés à « titre inamovible » pour un mandat de cinq ans renouvelable sur recommandation d’un comité d’examen établi par règlement du gouverneur en conseil) (article 2 de la *Loi sur l’inamovibilité des juges militaires*, L.C. 2011, ch. 22). En pratique, sauf s’ils sont « révoqués » conformément à la procédure prévue dans la loi, les juges militaires demeurent en fonction jusqu’à l’âge de 60 ans, à moins qu’ils ne démissionnent entre-temps (paragraphe 165.21(3), (4) et (5) de la LDN).

[35] On compte aujourd’hui, depuis la réforme de 2013 (*Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada*, L.C. 2013, ch. 24), deux types de juge militaire : 1) le juge militaire ayant le grade d’officier dans la force régulière (paragraphe 165.21(1) de la LDN); et 2) le juge militaire ayant le grade d’officier dans la force de réserve (paragraphe 165.22(1) de la LDN). Cependant, dans le second cas, aucun nom se retrouve actuellement sur le tableau des juges militaires de la force de réserve.

[36] À l’instar des juges civils, la conduite des juges militaires peut faire l’objet d’une plainte devant un organisme judiciaire indépendant du pouvoir exécutif et de l’état-major de la défense. En particulier, un « manquement à l’honneur et à la dignité » (« *having been guilty of misconduct* »), un manquement aux devoirs de la charge du juge militaire, ou encore une « situation d’incompatibilité » (« *having being placed [...] in a position incompatible with the due execution of his or her judicial duties* »), peuvent constituer autant de motif distincts rendant le juge militaire — incluant le juge militaire en chef — inapte à remplir ses fonctions judiciaires (soulignées 165.32(7)a)(ii), (iii) et (iv) de la LDN).

[37] Bien que l’adoption d’une loi n’est pas nécessaire pour destituer un juge militaire comme c’est le cas pour un juge civil de nomination fédérale ou provinciale, le

Committee may recommend to the Governor in Council that the military judge be removed (subsection 165.32(7) of the NDA), or to remove the name of a reserve force military judge from the panel (subsection 165.221(1) of the NDA). In such cases, the inquiry committee is comprised of three judges of the Court Martial Appeal Court (CMAC), including one chair, appointed by his or her Chief Justice (subsection 165.31(1)). The Inquiry Committee investigates in the following cases: (1) if the Minister of Defence (Minister) so asks (subsection 165.32(1) of the NDA); or (2) if he decides to commence an inquiry following a complaint or charge from a person other than the Minister (subsection 165.32(2) of the NDA). In the second case, the chair of the inquiry committee may designate one of the members to examine the complaint or charge, and to recommend whether the Committee commences the inquiry.

[38] As can be seen above, the existence of an independent inquiry system of the conduct of military judges is such that it strengthens the institutional independence of the Office of the Chief Military Judge. That was also the main reason invoked in January 2020 by the court martial in *Pett*, for refusing to order a stay of the proceedings of a non-commissioned member who contested the impartiality and independence of the military judges on the grounds that they, themselves, could be cited for a court martial (*Pett*, at paragraphs 89–102 and 145–149).

[39] In this case, the accused filed a notice of appeal against that decision on February 12, 2020. Yet why must we therefore refer to *Pett*?

[40] The reason is that, in the decision handed down by Judge Pelletier in *Pett*, based on the powers vested in the Court Martial under section 179 of the NDA, it was also determined that the order dated October 2, 2019, by General J.H. Vance, Chief of the Defence Staff, that allows the Deputy Vice Chief of the Defence Staff and the Vice Chief of the Defence Staff to respectively exercise the powers and qualifications of a commanding officer and a senior commander, is inoperative in respect of any disciplinary case against a military judge employed by the Office of the Chief Military Judge. It should be noted, in passing, that the October 2, 2019, order is an update

comité d'enquête sur les juges militaires peut recommander au gouverneur en conseil de révoquer la nomination d'un juge militaire (paragraphe 165.32(7) de la LDN), ou de retirer le nom d'un juge militaire de la force de réserve du tableau (paragraphe 165.221(1) de la LDN). En pareil cas, le comité d'enquête est formé de trois juges de la Cour d'appel de la cour martiale (CACM) dont un président, nommés par son juge en chef (paragraphe 165.31(1)). Le comité d'enquête fait enquête dans les cas suivants : 1) si le ministre de la Défense [ministre] le lui demande (paragraphe 165.32(1) de la LDN); ou 2) s'il décide de procéder à une enquête suivant une plainte ou une accusation d'une personne autre que le ministre (paragraphe 165.32(2) de la LDN). Dans le second cas, le président du comité d'enquête peut charger un des membres d'examiner la plainte ou l'accusation, et de recommander au comité de procéder ou non à l'enquête.

[38] Comme on peut le constater plus haut, l'existence d'un système indépendant d'enquête de la conduite des juges militaires est de nature à renforcer l'indépendance institutionnelle du Cabinet du juge militaire en chef. C'est d'ailleurs la raison principale ayant été invoquée en janvier 2020 par la cour martiale dans l'affaire *Pett* pour refuser d'ordonner un arrêt de la poursuite d'un militaire du rang qui contestait l'impartialité et l'indépendance des juges militaires au motif qu'ils pouvaient eux-mêmes être cités en cour martiale (*Pett*, aux paragraphes 89–102 et 145–149).

[39] En l'espèce, l'accusé a déposé le 12 février 2020 un avis d'appel à l'encontre de cette décision. Mais pourquoi donc faut-il ici parler de la décision *Pett*?

[40] C'est que dans la décision rendue par le juge Pelletier dans l'affaire *Pett*, s'appuyant sur les pouvoirs qui sont conférés à la Cour martiale en vertu de l'article 179 de la LDN, il a également été statué que l'ordre du 2 octobre 2019 du général J.H. Vance, chef d'état-major de la défense, qui permet au vice-chef d'état-major adjoint de la défense et au vice-chef d'état-major de la défense d'exercer respectivement les pouvoirs et compétences d'un commandant et d'un commandant supérieur, est inopérant en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un juge militaire qui figure à l'effectif du cabinet du juge militaire en chef. Rappelons au passage que l'ordonnance du

to the order issued on January 19, 2018, a few days before the charges laid against Colonel Dutil were referred to the Director of Military Prosecutions. In that case, Judge Pelletier found that the orders in question violate the judicial independence of military judges and raise reasonable apprehension of bias of the fact that, while they were on exercise, they could be brought before a court martial following charges authorized by a member of the military hierarchy, even if the NDA outlines an independent mechanism for complaints and removal of military judges through an inquiry committee comprised of three CMAC judges (*Pett*, at paragraphs 43, 47, 48, 59, 60–62, 100, 102, 110, 116, 128, 131–133, 144 and 145–149).

[41] A few weeks after the decision of Judge Pelletier, Judge Sukstorf had to decide the same question in the case *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII) (*D'Amico*). While raising certain issues regarding the applicability of the *Criminal Code* to military judges when they are outside Canada, Judge Sukstorf essentially concludes, like Judge Pelletier, that the order of October 2, 2019 infringes protected rights of an accused under paragraph 11(d) of the Charter and encroaches on the jurisdiction of the Inquiry Committee (*D'Amico*, at paragraphs 40, 41, 53, 56–64, 78–80). In doing so, Judge Sukstorf, by virtue of the powers conferred on a Court Martial in section 179 of the NDA, declares of no force or effect the order of October 2, 2019, while refusing to order a stay of the proceedings because there is an independent investigative mechanism for military judges.

[42] An independent monitoring regime indeed exists for the conduct of military judges. It remains to be determined whether a broad scope should be given to the violations mentioned in subsection 165.32(7) of the NDA, and whether, where applicable, they should include behaviour in violation of the Code of Service Discipline, which Judge Pelletier seems to suggest. At first glance, and without expressing a final opinion on the topic, to the extent that the inquiry committee can actually investigate the non-compliance by a military judge of a standard governing their conduct as a Forces officer, this avenue needs to be explored and seems to comply with the judicial independence of the Office of the Chief

2 octobre 2019 est une mise à jour de l'ordonnance émise le 19 janvier 2018, quelques jours avant que les accusations portées contre le colonel Dutil soient référées au directeur des poursuites militaires. En l'espèce, le juge Pelletier conclut que les ordres en question enfreignent l'indépendance judiciaire des juges militaires et soulèvent une crainte raisonnable de partialité du fait que pendant qu'ils sont en exercice, ils peuvent être traduits devant une cour martiale à la suite d'accusations autorisées par un membre de la hiérarchie militaire, et ce, même si la LDN prévoit un mécanisme indépendant de plainte et de destitution des juges militaires à travers un comité d'enquête formé de trois juges de la CACM (*Pett*, aux paragraphes 43, 47, 48, 59, 60–62, 100, 102, 110, 116, 128, 131–133, 144 et 145–149).

[41] Quelques semaines suivant la décision du juge Pelletier, la juge Sukstorf a dû trancher la même question dans l'affaire *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII) (*D'Amico*). Tout en soulevant certaines problématiques quant à l'applicabilité du *Code criminel* aux juges militaires lorsqu'ils sont à l'extérieur du Canada, la juge Sukstorf conclut essentiellement, au même titre que le juge Pelletier, que l'ordre du 2 octobre 2019 porte atteinte aux droits protégés d'un accusé en vertu de l'alinéa 11d) de la Charte et empiète sur la compétence du Comité d'enquête (*D'Amico*, aux paragraphes 40, 41, 53, 56–64, 78–80). Ce faisant, la juge Sukstorf, en vertu des pouvoirs attribués à une Cour martiale à l'article 179 de la LDN, déclare inopérant l'ordre du 2 octobre 2019, tout en refusant d'ordonner un arrêt de la poursuite parce qu'il existe un mécanisme indépendant d'enquête des juges militaires.

[42] Il existe bel et bien déjà un régime indépendant de surveillance de la conduite des juges militaires. Reste à savoir s'il faut donner une portée large aux manquements mentionnés au paragraphe 165.32(7) de la LDN, et si ceux-ci peuvent inclure, le cas échéant, un comportement contraire au Code de discipline militaire, ce que le juge Pelletier semble suggérer. À première vue, et sans exprimer une opinion finale sur le sujet, dans la mesure où le comité d'enquête peut effectivement enquêter sur le non-respect par un juge militaire d'une norme régissant sa conduite en tant qu'officier des Forces, c'est une avenue à explorer et qui semble respecter l'indépendance judiciaire du Cabinet du juge militaire en chef. Il

Military Judge. The fact remains that a minor offence that would justify a commanding officer disciplining a non-commissioned member or officer is certainly not serious enough in and of itself to justify a recommendation to remove a military judge. As we can see, *Pett* and *D'Amico* considerably complicates the flow of proceedings in this file and appears, at first glance, to be an obstacle to continuing Colonel Dutil's trial before the Court Martial, as long as the issue of the legality of the orders dated January 19, 2018, and October 2, 2019, are not resolved in final form by the Court Martial Appeal Court or another court of jurisdiction.

IV. Factual background: chronology and proceedings

[43] What is also exceptional in this case is the amount of extrinsic evidence—known as contextual evidence (*Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297, at paragraph 20)—entered in the record before this Court by the parties. The recusal decision, including the *voir dire* before the Court Martial, all the proceedings preliminary to the preferring of charges against respondent Dutil—including the Record of Disciplinary Proceedings and the letter of application for referral to a court martial—the recordings, and all the records of the coordination conferences and pre-trial conferences (where the reasons for recusal and the charges in issue are discussed in great detail by counsel and the presiding judge) are part of the record of the Federal Court.

A. *History*

[44] Since he was called to the Quebec Bar in 1983, respondent Dutil already has a long and impressive track record in the Forces. In 1984, he started out as a legal officer in the Office of the Judge Advocate General. He was then successively employed as a deputy judge advocate, at the director level within the Office of the Judge Advocate General and the Office of the Department of National Defence/Canadian Forces Legal Advisor, and a senior counsel, before being appointed a military judge on January 10, 2001, and Chief Military Judge on June 2, 2006.

n'en demeure pas moins qu'une infraction mineure qui justifierait qu'un militaire du rang ou un officier soit discipliné par son commandant n'est sans doute pas assez grave en soi pour justifier une recommandation de révocation visant un juge militaire. Comme on peut le voir, les décisions *Pett* et *D'Amico* viennent compliquer considérablement la suite des procédures dans ce dossier et semblent, à première vue, constituer un obstacle à la continuation du procès du colonel Dutil devant la Cour martiale, tant que la question de la légalité des ordres du 19 janvier 2018 et du 2 octobre 2019 n'aura pas été résolue de façon finale par la Cour d'appel de la cour martiale ou un autre cour compétente.

IV. Mise en contexte factuelle : chronologie et procédures

[43] Ce qui est également exceptionnel dans le présent dossier, c'est bien l'ampleur de la preuve extrinsèque — dite de contexte (*Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, au paragraphe 20) — produite au dossier de cette Cour par les parties. La décision de récusation, incluant le voir-dire devant la Cour martiale, toutes les procédures préliminaires à la mise en accusation formelle du défendeur Dutil — incluant le procès-verbal de procédure disciplinaire et la lettre de demande de renvoi en cour martiale —, les enregistrements, tous les procès-verbaux des conférences de coordination et des conférences préparatoires (où les motifs de récusation et les accusations en cause sont discutés dans le menu détail par les procureurs et le juge président) — font partie du dossier de la Cour fédérale.

A. *Genèse*

[44] Ayant été admis au Barreau du Québec en 1983, le défendeur Dutil a déjà une belle et longue fiche de route dans les Forces. Ayant débuté en 1984 comme avocat militaire au sein du Cabinet du juge-avocat général, il a successivement agi comme juge-avocat adjoint, directeur au sein du Cabinet du juge-avocat général et du Cabinet du conseiller juridique du ministère de la Défense nationale, et avocat-conseil, avant d'être nommé juge militaire le 10 janvier 2001, puis juge militaire en chef, le 2 juin 2006.

[45] The offences alleged against Colonel Dutil took place in 2014 and 2015. But another three years passed before the Chief Military Judge was charged, in January 2018, with violating the Code of Service Discipline. Even though Colonel Dutil chose, in the meantime, to remain in office and not to resign, these charges had the practical effect of preventing him, until now, from acting as Chief Military Judge, from presiding at a court martial, and from performing other judicial duties (all these duties were, in the interim, delegated to the Deputy Chief Military Judge). The fact remains that, by operation of law, Colonel Dutil will automatically cease to hold office as a military judge on March 20, 2020, the date of his sixtieth birthday (subsection 165.21(4) of the NDA and article 15.17 of the QR&O). No extension of military service beyond that age was requested or granted by the Chief of Defence Staff. Colonel Dutil will be released from the Forces according to the normal procedure on the date of his birthday in accordance with subsection 5(a), service completed—retirement age, from the table in article 15.01 of the QR&O.

[46] However, this retirement will not nullify the present charges in the Court Martial. There is nothing to limit the sentence that may be imposed under subsection 139(1) of the NDA in respect of a retired member of the Forces who was subject to the Code of Service Discipline at the time of the commission of the offense. If the dismissal with disgrace sentence from Her Majesty's service were to be imposed, the reason for release from paragraph 5(a), service completed—retirement age, from the table in article 15.01 of the QR&O would be amended for paragraph 1(a), misconduct—sentenced to dismissal, from the table of the same article. Not only is a dismissal with disgrace an indelible stain in the file of the accused convicted of an offense leading to imprisonment (section 140.1 of the NDA), but it goes without saying that it will irreparably jeopardize his future chances of employment in the army or elsewhere, not to mention the fact that he will no longer be able to use the rank title with the mention “retired”. Similarly, reduction in rank could affect the accused's retirement pension (section 140.2 of the NDA). As we can see, even if Colonel Dutil will leave the Forces on March 20 to retire, the present case is not moot.

[45] Les infractions reprochées au colonel Dutil remontent à 2014 et 2015. Mais trois ans de plus vont s'écouler avant que le juge militaire en chef ne soit accusé, en janvier 2018, d'avoir violé le Code de discipline militaire. Si le colonel Dutil a choisi dans l'intervalle de demeurer en poste et de ne pas démissionner, ces accusations, ont eu l'effet pratique de l'empêcher jusqu'à aujourd'hui d'agir comme juge militaire en chef et de présider une cour martiale et d'exercer d'autres fonctions judiciaires (toutes ces fonctions ont été déléguées entre-temps au juge militaire en chef adjoint). Il n'empêche, le 20 mars 2020, par l'effet de la Loi, le colonel Dutil cessera automatiquement d'occuper sa charge de juge militaire, soit à la date anniversaire de ses soixante ans (paragraphe 165.21(4) de la LDN et article 15.17 des ORFC). Aucune extension du service militaire au-delà de cet âge n'a été demandée ni octroyée par le chef d'état-major de la défense. Le colonel Dutil sera libéré des Forces suivant la procédure normale prévue à la date de son anniversaire en conformité avec le paragraphe 5(a), service terminé — âge de la retraite, du tableau de l'article 15.01 des ORFC.

[46] Cette retraite ne rendra toutefois pas caduque les présentes accusations en Cour martiale. En effet, rien ne limite la peine pouvant être prononcée en vertu du paragraphe 139(1) de la LDN à l'égard d'un membre retraité des Forces qui était assujéti au Code de discipline militaire au moment de la commission de l'infraction. Si la peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté devait être prononcée, le motif de libération sous le paragraphe 5(a), service terminé — âge de la retraite, du tableau de l'article 15.01 des ORFC serait amendé pour le paragraphe 1(a), inconduite — condamné à la destitution, du tableau du même article. Non seulement une destitution ignominieuse constitue une tare indélébile dans le dossier de l'accusé reconnu coupable d'une infraction menant à l'emprisonnement (article 140.1 de la LDN), mais il va de soi que cela compromettra irrémédiablement ses chances futures d'emploi dans l'armée ou ailleurs, sans compter le fait qu'il ne pourra plus utiliser le titre du grade avec la mention « retraité ». De même, la rétrogradation pourrait affecter la pension de retraite de l'accusé. (article 140.2 de la LDN). Comme on peut le voir, même si le colonel Dutil quittera les Forces le 20 mars prochain pour prendre sa retraite, la présente affaire n'a rien d'académique.

[47] According to the summary of facts in the recusal decision, Warrant Officer Annie Dorval (A.D. on the preferred charge sheet) joined the Office of the Chief Military Judge in the fall of 2013. She became a certified court reporter in March 2014. As explained by Colonel Dutil at the *voir dire*, in December 2014, he informed the Court Martial Administrator, Simone Morrissey, of his relationship with Warrant Officer Dorval (*voir dire* transcript, at page 74). In addition, he informed Judge d'Auteuil of the relationship in January 2015. That month, Warrant Officer Dorval went on sick leave and she was absent from the Office of the Chief Military Judge on an ongoing basis until her transfer to the Joint Personnel Support Unit, which at the time was meant to help members of the military make the career transition to civilian life and the civilian workforce. She was released from the Forces in February 2016 (paragraph 9 of the recusal decision).

[48] For his part, before becoming a military judge, Judge Deschênes was a legal adviser at the Office of the Chief Military Judge from July 2012 to July 2015, so at the time of the Chief Military Judge's alleged personal relationship with Warrant Officer Dorval. During that period, Judge Deschênes was called upon, on a daily basis, to advise the Court Martial Administrator, Ms. Morrissey, on all legal matters. She also personally witnessed the events related to the charges (paragraph 37 of the recusal decision; pages 118–120 of the *voir dire* transcripts).

[49] What is more, in November 2019, at the hearing of this application for judicial review, counsel for respondent Dutil informed this Court that Judge Deschênes communicated directly with the military police regarding the case before the Court martial. This communication took place on June 21, 2019, a month after she became a military judge. The disclosure document in question (document 60# 2105 23542) was entered by consent but with the following caveat from counsel for the applicant: it cannot be used to determine the reasonableness of the impugned decision. Nonetheless, in our view, this evidence is relevant to understanding the

[47] Si l'on se rapporte au résumé des faits que l'on retrouve dans la décision de récusation, l'adjutant Annie Dorval (A.D. dans l'acte d'accusation formel) se serait jointe au Cabinet du juge militaire en chef à l'automne 2013. Elle aurait été certifiée dans son métier de sténographe judiciaire en mars 2014. Tel que l'a expliqué le colonel Dutil lors du voir-dire, en décembre 2014, il a rapporté à l'administratrice de la cour martiale, M^{me} Simone Morrissey, la relation qu'il avait avec l'adjutant Dorval (transcription du voir-dire à la page 74). D'autre part, il a informé le juge d'Auteuil de cette même relation en janvier 2015. À compter du mois de janvier 2015, l'adjutant Dorval aurait été en congé de maladie et absente du Cabinet du juge militaire en chef de manière continue jusqu'à son transfert d'unité avec l'Unité interarmées de soutien du personnel, qui était à l'époque une unité assurant la transition de carrière des militaires vers la vie et le marché du travail civil. Elle a été libérée des Forces en février 2016 (paragraphe 9 de la décision de récusation).

[48] De son côté, la juge Deschênes a occupé avant son accession à la magistrature militaire le poste de conseillère juridique au Cabinet du juge militaire en chef du mois de juillet 2012 au mois de juillet 2015, donc, à l'époque où le juge militaire en chef aurait entretenu une relation personnelle avec l'adjutant Dorval. Durant cette période, la juge Deschênes était appelée, au quotidien, à conseiller l'administratrice de la cour martiale, M^{me} Morrissey, sur toute question juridique. En plus, la juge Deschênes a été personnellement témoin des événements relatifs aux accusations (paragraphe 37 de la décision de récusation aux pages 118 à 120 des transcriptions du voir-dire).

[49] Qui plus est, cette Cour a été informée en novembre 2019 par le procureur du défendeur Dutil lors de l'audience de la présente demande de contrôle judiciaire, que la juge Deschênes a directement communiqué au sujet de la cause devant la Cour martiale avec la police militaire. Cette communication a eu lieu le 21 juin 2019 — soit un mois après son accession à la magistrature militaire. Le document de divulgation en question (document 60# 2105 23542) a été produit de consentement, mais avec la réserve des procureurs du demandeur qu'il ne peut pas être utilisé pour déterminer la raisonnablement de la décision contestée. Il n'empêche, cette preuve nous

course of events, and it should be considered also with respect to the remedies and the exercise of the Court's discretion.

[50] As reported in the narrative and the emails that the prosecution communicated to the defence on June 26, 2019, Judge Deschênes communicated directly with the military police to provide details about the specific facts reported by the Deputy Chief Military Judge at paragraph 37 of the recusal decision. Even though her involvement was apparently very limited, Judge Deschênes felt the need to disclose to the military police an email dated May 20, 2015, that she had addressed to herself when she was at the Office of the Chief Military Judge. In this email, she states that on May 9, 2015, she saw the Chief Military Judge with Warrant Officer Dorval in a pub in Chelsea, thus confirming the rumours already circulating at the Office of the Chief Military Judge about their personal relationship. The Chief Military Judge stared at her and reportedly gave her a [TRANSLATION] "dark" look that "shocked" her a lot.

[51] In fact, on May 12 or 13, 2015, Judge Deschênes reported the incident in question to the Court Martial Administrator. The latter supposedly reassured her by informing her that administrative action had already been taken to transfer Warrant Officer Dorval to Bagotville, which would create separation. In addition, Judge Deschênes mentions having also approached Judge Pelletier, on May 15, 2015, to discuss the situation. He apparently told her that there was insufficient evidence to establish wrongdoing.

[52] Lastly, Judge Deschênes mentions having herself also sought independent legal advice from a legal adviser she trusted. The latter apparently confirmed that there was insufficient evidence to conclude that an "offence" had been committed. Under the circumstances, Judge Deschênes felt that she had absolved herself of any obligation she may have as an officer under Chapter 4 [articles 4.01–4.61] of the QR&O (Volume I – Duties and Responsibilities of Officers). In July 2015,

apparaît pertinente pour comprendre la suite des faits, et il y a lieu d'en tenir compte également au niveau des remèdes et de l'exercice de la discrétion de la Cour.

[50] Tel qu'il est rapporté dans le narratif et les courriels que la poursuite a communiqués à la défense le 26 juin 2019, la juge Deschênes a directement communiqué avec la police militaire pour fournir des précisions au sujet des faits particuliers qui sont rapportés par le juge militaire en chef adjoint au paragraphe 37 de la décision de récusation. Bien que son implication aurait été très limitée, la juge Deschênes a néanmoins éprouvé le besoin de divulguer à la police militaire un courriel daté du 20 mai 2015, qu'elle s'était adressée à elle-même à l'époque où elle était au Cabinet du juge militaire en chef. La juge Deschênes rapporte dans ce courriel avoir vu, le 9 mai 2015, dans un pub à Chelsea, le juge militaire en chef en compagnie de l'adjudant Dorval — ce qui est venu confirmer les rumeurs qui circulaient déjà dans le cabinet du juge militaire en chef au sujet de leur relation personnelle. Le juge militaire en chef l'a fixé et lui aurait adressé un regard « sombre » qui l'a beaucoup « choquée ».

[51] De fait, le 12 ou 13 mai 2015, la juge Deschênes a rapporté l'incident en question à l'administratrice de la cour martiale. Cette dernière l'aurait rassurée en l'informant que des mesures administratives avaient déjà été prises pour que l'adjudant Dorval soit transférée à Bagotville, ce qui créerait une séparation. De plus, la juge Deschênes mentionne avoir également approché le juge Pelletier, le 15 mai 2015, pour discuter de la situation. Ce dernier lui aurait dit qu'il n'y avait pas assez de preuves pour conclure à l'existence d'un acte répréhensible (« *wrongdoing* »).

[52] Enfin, la juge Deschênes mentionne avoir elle-même également demandé un avis juridique indépendant à un conseiller juridique en qui elle avait confiance. À son tour, celui-ci lui aurait confirmé qu'il n'y avait pas assez de preuves pour conclure qu'une « infraction » avait été commise. Dans les circonstances, la juge Deschênes estimait qu'elle s'était déchargée de toute obligation qu'elle pouvait avoir à titre d'officier en vertu du chapitre 4 [articles 4.01 à 4.61] des ORFC (Volume 1 – Devoirs

Judge Deschênes was posted to the Directorate of Law/Military Personnel.

B. Ethics complaint against the Chief Military Judge

[53] It is an important aspect in the current file: at the outset, the Office of the Judge Advocate General favoured formulating an ethics complaint formally before the Inquiry Committee, rather than initiating charges in court martial proceedings. During the *voir dire*, the Court Martial Administrator testified before the Court Martial that she had been approached by Colonel Bruce J. Wakeham, Chief of Staff of the Judge Advocate General, in September 2015. He wished to obtain her collaboration, because he planned to make a complaint to the Inquiry Committee. She refused, it seems, because it was not her role in the circumstances (paragraph 10 of the recusal decision).

[54] On October 9, 2015, Colonel Wakeham filed a complaint with the Inquiry Committee (the ethics complaint). As Colonel Dutil confirmed during the *voir dire* of June 2019, the charges made against him today have the same factual basis as the ethics complaint with respect to the personal relationship he allegedly had in 2014 and 2015 with Warrant Officer Dorval (page 68 of the *voir dire* transcripts).

[55] The ethics complaint was not filed at the Court Martial, but the Deputy Chief Military Judge mentioned it in the recusal decision (paragraphs 10–13, 18 and 37 of the recusal decision). Indeed, during the *voir dire* of June 2019, Colonel Dutil identified Warrant Officer Dorval, retired Petty Officer 1st Class Smith and another person whom he identified, following the proceedings of the Special Prosecutor, as Judge Deschênes, as being the persons involved in the ethics complaint (*voir dire* transcript, at pages 87–88; recusal decision, at paragraph 37).

[56] The factual context surrounding the ethics complaint proves to be not only relevant to understand why

et responsabilités des officiers). En juillet 2015, la juge Deschênes a été mutée à la Direction juridique du personnel militaire.

B. Plainte déontologique contre le juge militaire en chef

[53] C'est un aspect important dans le présent dossier : au départ, le Cabinet du juge-avocat général a privilégié la formulation d'une plainte déontologique en bonne et due forme devant le comité d'enquête, plutôt que d'enclencher le processus disciplinaire menant à des accusations en cour martiale. Lors du *voir-dire*, l'administratrice de la cour martiale a témoigné devant la Cour martiale avoir été approchée par le colonel Bruce J. Wakeham, chef d'état-major du juge-avocat général, au mois de septembre 2015. Il voulait obtenir sa collaboration, car il comptait porter plainte au comité d'enquête. Elle a refusé, semble-t-il, parce que ce n'était pas son rôle dans les circonstances (paragraphe 10 de la décision de récusation).

[54] Le 9 octobre 2015, le colonel Wakeham a porté une plainte au comité d'enquête (la plainte déontologique). Tel que l'a confirmé le colonel Dutil lors du *voir-dire* de juin 2019, les accusations dont il fait aujourd'hui l'objet ont le même fondement factuel que la plainte déontologique en ce qui a trait à la relation personnelle qu'il aurait eue en 2014 et 2015 avec l'adjudant Dorval (page 68 des transcriptions du *voir-dire*).

[55] La plainte déontologique n'a pas été déposée à la Cour martiale, mais le juge militaire en chef adjoint en fait mention dans la décision de récusation (paragraphes 10 à 13, 18, 37 de la décision de récusation). De fait, lors du *voir-dire* de juin 2019, le colonel Dutil a identifié l'adjudant Dorval, la maître de 1^{re} classe à la retraite Smith et une autre personne, qu'il a, suite à l'instance du procureur spécial, identifiée comme étant la juge Deschênes, comme étant les personnes impliquées dans la plainte déontologique (transcription du *voir-dire* aux pages 87–88; décision de récusation, au paragraphe 37).

[56] Le contexte factuel entourant la plainte déontologique s'avère non seulement pertinent pour comprendre

the Deputy Chief Military Judge recused himself on June 17, 2019 (paragraphs 38, 55, 75, 84 and 94), but also, why he did not assign the other eligible military judges, particularly Judges Deschênes and Pelletier (paragraphs 11–15 of the non-assignment decision).

[57] It was on November 5, 2015, that Colonel Dutil learned of the existence of the ethics complaint during a pre-trial conference with the counsel involved in a court martial. The same day, he informed the military judges on duty of the existence of this complaint (Colonel Dutil's testimony during the *voir dire*, at page 74; Simone Morrissey's testimony during the *voir dire*, at page 54; paragraphs 11 and 12 of the recusal decision).

[58] According to Colonel Dutil's testimony, after the ethics complaint, his relations with Judge Pelletier gradually degenerated (*voir dire* transcript, at pages 105–108), to such a point that the Deputy Chief Military Judge concluded on June 17, 2019, that the prosecution had shown that there could be reasons that could justify a recusal request with respect to Judge Pelletier (paragraph 94 of the recusal decision; paragraph 12 of the non-assignment decision).

[59] Pursuant to subsection 165.32(3) of the NDA, Judge Jocelyne Gagné was designated by the Chairperson of the Inquiry Committee, Chief Justice B. Richard Bell, to review the ethics complaint and determine if an inquiry should be started. According to the news release of April 27, 2016, which was published on the CMAC website and a copy of which was given to the Court during the application for judicial review hearing, this complaint specifically concerned allegations of the breach of directive DAOD 5019-1.

[60] On February 29, 2016, the Chairperson of the Inquiry Committee advised Colonel Wakeham that no inquiry would be started and that the file would be closed following the acceptance by the Inquiry Committee of the recommendation of Judge Gagné. In the news release of April 27, 2016, it was mentioned that the ethics complaint was dismissed for the reason that it did not raise any cause for removal mentioned in subsection 165.32(7) of the NDA.

pourquoi le juge militaire en chef adjoint s'est récusé le 17 juin 2019 (paragraphes 38, 55, 75, 84 et 94), mais également, pourquoi il n'a pas désigné les autres juges militaires éligibles, notamment les juges Deschênes et Pelletier (paragraphes 11 à 15 de la décision de non-désignation).

[57] C'est le 5 novembre 2015 que le colonel Dutil a appris l'existence de la plainte déontologique lors d'une conférence préparatoire avec les avocats impliqués dans une cour martiale. Le jour même, il a informé les juges militaires en fonction de l'existence de cette plainte (témoignage du colonel Dutil lors du voir-dire, à la page 74; témoignage de Simone Morrissey lors du voir-dire, à la page 54; paragraphes 11 et 12 de la décision de récusation).

[58] Or, selon le témoignage du colonel Dutil, après la plainte déontologique, ses rapports avec le juge Pelletier se sont graduellement dégradés (transcription du voir-dire, aux pages 105–108), au point tel, que le juge militaire en chef adjoint a conclu le 17 juin 2019 que la poursuite a démontré qu'il pourrait y avoir des motifs pouvant justifier une demande de récusation à l'égard du juge Pelletier (paragraphe 94 de la décision de récusation; paragraphe 12 de la décision de non-désignation).

[59] Conformément au paragraphe 165.32(3) de la LDN, la juge Jocelyne Gagné a été désignée par le président du comité d'enquête, le juge en chef B. Richard Bell, afin d'examiner la plainte déontologique et de déterminer si une enquête devait être commencée. Selon le communiqué du 27 avril 2016, qui a été publié sur le site web de la CACM, et dont on a fourni copie à la Cour lors de l'audience de la demande de contrôle judiciaire, cette plainte concernait spécifiquement des allégations de violation de la directive DOAD 5019-1.

[60] Le 29 février 2016, le président du comité d'enquête a avisé le colonel Wakeham qu'aucune enquête ne serait commencée et que le dossier serait fermé suite à l'acceptation par le comité d'enquête de la recommandation de la juge Gagné. Dans le communiqué du 27 avril 2016, il est mentionné que la plainte déontologique a été rejetée au motif que celle-ci ne soulevait aucune cause de révocation mentionnée au paragraphe 165.32(7) de la LDN.

C. Record of disciplinary proceedings and application to refer charges to a court martial

[61] After the dismissal of the ethics complaint in February 2016, the military police continued its inquiry or took it up again (paragraph 17 of the recusal decision). It should be noted that the military police are under the command of the Canadian Forces Provost Marshall, who in turn acts under the general supervision of the Vice Chief of the Defence Staff (sections 18.3 and 18.5 of the NDA).

[62] To the charge of having conducted a personal relationship to the prejudice of good order and discipline (section 129 of the NDA), the military police gathered other evidence enabling them to lay charges of fraud (paragraph 117(a) of the NDA) and making a false statement in an official document (paragraph 125(a) of the NDA), as evidenced by the RDP dated January 25, 2018, prepared by an investigator from the Canadian Forces National Investigation Service. Thus, in September 2015, the Chief Military Judge allegedly unduly claimed travel expenses and defrauded the government of an amount of less than \$1 000 with respect to a claim that he reportedly made because of a temporary duty that he carried out as a military judge regarding a court martial that he presided at in August 2015. In this last case, Warrant Officer Dorval and retired Warrant Officer Michaud—a former court reporter with whom the accused had travelled—could be called as witnesses (see the RDP).

[63] Pursuant to an order dated January 19, 2018, the officer who is appointed to the position of Chief of Programme (C Prog) and who holds a rank not below Major General/Rear-Admiral and the Vice Chief of the Defence Staff can respectively exercise the powers and qualifications of a commanding officer and a senior commander in respect of any disciplinary case against a military judge employed by the Office of the Chief Military Judge. As previously mentioned, the order dated January 19, 2018, was repealed and replaced by the order dated October 2, 2019, the same order which was declared inoperative in 2020 by Judges Pelletier and Sukstorf in the decisions *Pett* and *D'Amico*. It was the first time that military judges had been specifically targeted so as to confer disciplinary powers on those

C. Procès-verbal de procédure disciplinaire et demande de renvoi des accusations en cour martiale

[61] Après le rejet de la plainte déontologique en février 2016, la police militaire a continué ou repris son enquête (paragraphe 17 de la décision de récusation). Rappelons que la police militaire est sous le commandement du grand prévôt des Forces, lequel exerce lui-même ses fonctions sous la direction générale du vice-chef d'état-major de la défense (articles 18.3 et 18.5 de la LDN).

[62] À l'accusation d'avoir entretenu une relation personnelle préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la LDN), la police militaire a recueilli d'autres éléments de preuve lui permettant de porter des accusations de fraude (alinéa 117a) de la LDN) et de fausse déclaration dans un document officiel (alinéa 125a) de la LDN), tel qu'en fait foi le PVPD en date du 25 janvier 2018 préparé par un enquêteur du Service national des enquêtes des Forces. Ainsi, le juge militaire en chef aurait indûment réclamé en septembre 2015 des dépenses de voyage et fraudé le gouvernement d'une somme de moins de 1 000 \$ quant à une réclamation qu'il aurait effectuée en raison d'un devoir temporaire qu'il avait exercé à titre de juge militaire au sujet d'une cour martiale qu'il avait présidé en août 2015. Dans ce dernier cas, l'adjudant Dorval et l'adjudant à la retraite Michaud — une ancienne sténographe avec qui l'accusé avait voyagé —, pourraient être appelés comme témoins (voir le PVPD).

[63] En vertu d'un ordre du 19 janvier 2018, l'officier nommé au poste de chef de programme (C Prog) et qui détient au moins le grade de major-général/contre-amiral et le vice-chef d'état-major de la défense peuvent exercer respectivement les pouvoirs et compétences d'un commandant et d'un commandant supérieur en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un juge militaire qui figure à l'effectif du cabinet du juge militaire en chef. Tel qu'il a été précédemment mentionné, l'ordre du 19 janvier 2018 a été abrogé et remplacé par l'ordre du 2 octobre 2019, celui-là même qui a été déclaré inopérant en 2020 par les juges Pelletier et Sukstorf dans les décisions *Pett* et *D'Amico*. Il s'agissait de la première fois que les juges militaires étaient spécifiquement visés de façon à conférer des pouvoirs en matière

designated as commanding officer and senior commander of military judges.

[64] On February 5, 2018, Lieutenant-General J.A.J. Parent, Acting Vice Chief of the Defence Staff (the referral authority), approved the RDP and the recommendation made on January 30, 2018, by Major-General Jean-Marc Lanthier, Chief of Programme (the commanding officer), to defer the charges to the Director of Military Prosecutions [referral application letter]. In this case, the personal relationship that Colonel Dutil reportedly had in 2014–2015 allegedly adversely affected the cohesion of the unit, which allegedly caused prejudice to the good order and discipline of the unit. For its part, the fraudulent claim allegedly constituted an abuse of trust. By asking the Director of Military Prosecutions to bring Colonel Dutil to a court martial, the referral authority therefore wished to ensure that if Colonel Dutil were found guilty, it would be understood that senior officers of the Forces are subject to the same standards of discipline as the officers and service members of the ranks under their command. In short, a conviction of Colonel Dutil by court martial would therefore send a clear, strong message of general dissuasion to all units of the Forces, including the Office of the Chief Military Judge (referral application letter at paragraph 8).

D. Risk of conflict of interest in military prosecution

[65] On January 30, 2018, pursuant to section 165.15 of the NDA and DMP Policy Directive # 016/17 [*Appointment of Special Prosecutors*, April 12, 2017, updated December 15, 2017], Colonel B. W. MacGregor, acting in his capacity as Director of Military Prosecutions, appointed Lieutenant-Colonel Mark Poland—a member of the Reserve Force and a former Crown counsel of the Attorney General of Ontario (he has since become a judge of the Ontario Court of Justice)—as Special Prosecutor (the former Special Prosecutor).

[66] Therefore, no legal officer from the office of the Director of Military Prosecutions or the Office of the Judge Advocate General signed the preferred charge sheet. Nevertheless, the Special Prosecutor is required to

disciplinaire aux personnes désignées comme commandant et commandant supérieur des juges militaires.

[64] Le 5 février 2018, le lieutenant-général, J.A.J. Parent, vice-chef d'état-major de la Défense par intérim (l'autorité de renvoi), a entériné le PVPD et la recommandation formulée le 30 janvier 2018 par le major-général Jean-Marc Lanthier, Chef de programme (le commandant), de déférer les accusations au directeur des poursuites militaires (lettre de demande de renvoi). En l'espèce, la relation personnelle que le colonel Dutil aurait eu en 2014–2015 aurait nui à la cohésion de l'unité, ce qui aurait causé préjudice au bon ordre et à la discipline de l'unité. La réclamation frauduleuse quant à elle constituerait un abus de confiance. En demandant au directeur des poursuites militaires de traduire le colonel Dutil en cour martiale, l'autorité de renvoi veut donc s'assurer que si le colonel Dutil est déclaré coupable, on comprendra que les officiers supérieurs des Forces sont soumis aux mêmes normes de discipline que les officiers et des militaires du rang sous leur commandement. En bref, une condamnation par la cour martiale du colonel Dutil va donc envoyer un message clair et fort, de dissuasion générale, auprès de toutes les unités des Forces, incluant au sein du Cabinet du juge militaire en chef (lettre de demande de renvoi au paragraphe 8).

D. Risque de conflit d'intérêts en matière de poursuite militaire

[65] Le 30 janvier 2018, conformément à l'article 165.15 de la LDN et la Directive du DPM n° 016/17 [*Nomination de procureurs spéciaux*, 12 avril 2017, mise à jour 15 décembre 2017], le colonel B. W. MacGregor, agissant en sa qualité de directeur des poursuites militaires, a nommé, le lieutenant-colonel Mark Poland — un membre de la force de réserve des Forces et un ancien procureur de la Couronne au ministère de la Procureure générale de l'Ontario (il est depuis devenu un juge de la Cour de justice de l'Ontario) — à titre de procureur spécial (l'ancien procureur spécial).

[66] Aucun avocat militaire du bureau du directeur des poursuites militaires ou du Cabinet du juge-avocat général n'a donc apposé sa signature sur l'acte formel d'accusation. Il n'empêche, le procureur spécial est tenu

apply all Director of Military Prosecutions policy directives at all steps of the pre-charge screening, post-charge review and court martial process unless the policy would require the Special Prosecutor to take action that would be inappropriate in the circumstances (section 14 of DPM Policy Directive # 016/17).

[67] On July 31, 2018, following Colonel Dutil's choice concerning the language of proceedings (article 110.08 of the QR&O [Vol. II – Disciplinary]), Second Lieutenant Cimon Sénécal—a member of the reserve Force and Crown counsel at the office of the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec—replacing Lieutenant-Colonel Poland, was appointed Special Prosecutor (the new Special Prosecutor). Furthermore, a legal officer from the Canadian Military Prosecution Service, Major Henri Bernatchez, was also designated by the Director of Military Prosecutions to assist the new Special Prosecutor.

E. Preferred charge sheet

[68] On June 10, 2018, pursuant to section 165 of the NDA, the former Special Prosecutor filed with the Court Martial Administrator preferred charges in English, including eight counts, six months after the charges were laid by the defence staff.

[69] One month later, on August 3, 2018, the new Special Prosecutor filed a new preferred charge sheet in French to the same effect as the previous one:

- (a) The first four counts related to charges of making a false entry in an official document in contravention of paragraph 125(a) of the NDA (first and second counts), of fraud in contravention of section 130 of the NDA and paragraph 380(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (third count), and an act of a fraudulent nature not particularly specified in sections 73 to 128 of the NDA in contravention of section 117 of the NDA (fourth count) following the travel expense claim in September 2015.

de suivre toutes les directives du directeur des poursuites militaires à toutes les étapes de la vérification préalable et de la révision postérieure à la mise en accusation et du procès en cour martiale, à moins que la politique n'oblige le procureur spécial à prendre des actions qui seraient inadéquates dans les circonstances (article 14 de la Directive du DPM n° 016/17).

[67] Le 31 juillet 2018, suite au choix du colonel Dutil concernant la langue du procès (article 110.08 des ORFC [vol.II – Discipline]), le sous-lieutenant Cimon Sénécal — un membre de la force de réserve des Forces et procureur de la Couronne au bureau de la directrice des poursuites criminelles et pénales du Québec — en remplacement du lieutenant-colonel Poland, a été nommé procureur spécial (le nouveau procureur spécial). De surcroît, un avocat militaire du Service canadien des poursuites militaires, le major Henri Bernatchez, a été également désigné par le directeur des poursuites militaires pour assister le nouveau procureur spécial.

E. Acte formel d'accusation

[68] Le 10 juin 2018, conformément à l'article 165 de la LDN, l'ancien procureur spécial a déposé auprès de l'administratrice de la cour martiale un acte formel d'accusation en anglais comportant huit chefs d'accusation, soit six mois après que les accusations aient été portées par l'état-major de la défense.

[69] Un mois plus tard, le 3 août 2018, le nouveau procureur spécial a déposé un nouvel acte formel d'accusation en français au même effet que le précédent :

- a) Les quatre premiers chefs ont trait à des accusations de fausse inscription dans un document officiel en contravention de l'alinéa 125a) de la LDN (premier et deuxième chefs), de fraude en contravention de l'article 130 de la LDN et de l'alinéa 380(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (troisième chef), et d'acte à caractère frauduleux non expressément visé aux articles 73 à 128 de la LDN en contravention de l'article 117 de la LDN (quatrième chef) suite à la réclamation de dépenses de voyage en septembre 2015.

(b) The four other counts that follow relate to charges of conduct or negligence to the prejudice of good order and discipline in contravention of section 129 of the NDA, following the personal relationship that Colonel Dutil allegedly had in 2014 and 2015 with Warrant Officer Dorval (fifth, sixth, seventh and eighth counts).

[70] Of course, they were only charges that would have to be proved beyond all doubt by the prosecution during the trial of Colonel Dutil before the Court Martial. At the risk of repeating it, not only must Colonel Dutil be presumed innocent until proven guilty, but he has the right to be judged according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (paragraph 11(d) of the Charter).

F. *Conflict of interest risk of the Chief Military Judge*

[71] On June 14, 2018, Lieutenant-Colonel d'Auteuil (appointed military judge on May 18, 2006) became the Deputy Chief Military Judge. On June 15, 2018, following the filing of the preferred charge sheet in English, the Chief Military Judge delegated to the Deputy Chief Military Judge his authority to assign military judges to preside at courts martial and all other judicial hearings as well as all general supervision of the Court Martial Administrator (double delegation of authority pursuant to sections 165.26 and 165.27 of the NDA).

[72] Such a delegation clearly had the purpose of avoiding a conflict of interest, real or apparent, of the Chief Military Judge and protecting the judicial independence of the Office of the Chief Military Judge. There is no doubt that if Colonel Dutil had presided when charges were outstanding, an accused person could have requested his recusal because of the pressure exerted on him and the appearance of partiality that this situation was likely to create (*Pett*, at paragraphs 47–48, 61–62, and 107–110). The delegation of authority of June 15, 2018, was not revoked by the Chief Military Judge. Moreover, it does not seem that the Deputy Chief Military Judge assigned the Chief Military Judge to preside at courts martial or any other judicial hearings since

b) Les quatre autres chefs suivants ont trait à des accusations de comportement ou de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline en contravention de l'article 129 de la LDN, suite à la relation personnelle qu'aurait entretenue en 2014 et 2015 le colonel Dutil avec l'adjudant Dorval (cinquième, sixième, septième et huitième chefs).

[70] Bien entendu, il s'agit seulement d'allégations qui devront être prouvées hors de tout doute par la poursuite lors du procès du colonel Dutil devant la Cour martiale. Au risque de le répéter, non seulement le colonel Dutil doit être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, mais il a le droit d'être jugé conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable (alinéa 11d) de la Charte).

F. *Risque de conflit d'intérêts du juge militaire en chef*

[71] Le 14 juin 2018, le lieutenant-colonel d'Auteuil (nommé juge militaire le 18 mai 2006) est devenu juge militaire en chef adjoint. Le 15 juin 2018, suite au dépôt de l'acte d'accusation formel en anglais, le juge en chef militaire a délégué au juge militaire en chef adjoint son pouvoir de désigner les juges militaires pour présider les cours martiales et toutes autres auditions judiciaires; ainsi que toute fonction de direction générale sur l'administratrice de la cour martiale (double délégation de pouvoirs en vertu des articles 165.26 et 165.27 de la LDN).

[72] Une telle délégation a manifestement pour objet d'éviter un conflit d'intérêts, réel ou apparent, du juge militaire en chef et de préserver l'indépendance judiciaire du Cabinet du juge militaire en chef. Il ne fait pas de doute que si le colonel Dutil avait siégé alors que des accusations étaient pendantes, un accusé aurait pu requérir sa récusation à cause des pressions exercées sur lui et de l'apparence de partialité que cette situation est susceptible d'engendrer (*Pett*, aux paragraphes 47–48, 61–62, et 107–110). La délégation de pouvoirs du 15 juin 2018 n'a pas été révoquée par le juge militaire en chef. D'autre part, il ne semble pas que le juge militaire en chef adjoint ait désigné le juge militaire en chef pour présider des cours martiales et toutes autres auditions

he was charged, the last indexed decision being dated December 4, 2017.

[73] As Colonel Dutil specified during the *voir dire*, if he delegated his authority as Chief Military Judge to Judge d’Auteuil, it was not because he had been appointed Deputy Chief Military Judge a few days earlier. Rather, it was because it was Judge d’Auteuil (*voir dire* transcripts, at page 67). And it was not the first time. Such delegations of authority—later revoked—had previously been carried out in this file (recusal decision, at paragraphs 12 and 22).

G. *Conflict of interest risk of the Court Martial Administrator*

[74] We noted it above. The Court Martial Administrator acts under the general supervision of the Chief Military Judge (subsection 165.19(3) of the NDA). However, Ms. Morrissey, the current Court Martial Administrator, was personally involved in this file (she is the one who reportedly took measures to transfer Warrant Officer Dorval to another unit) and would be called as a witness by the prosecution (paragraph 82 of the recusal decision). All of this creates an appearance of a conflict of interest.

[75] Pursuant to section 165.2 of the NDA, the Court Martial Administrator therefore authorized another person from the Office of the Chief Military Judge, Michel Saindon (Acting Administrator) to carry out the duties of the Court Martial Administrator in this file on an acting basis.

H. *Coordination conferences and pre-trial conferences*

[76] On September 21, 2018, the prosecution, by mutual agreement with the defence, set the date of the convening of Colonel Dutil before the Court Martial at June 10, 2019, or nine months later (transcript of the conference of September 21, 2018, at pages 8–13).

judiciaires depuis sa mise en accusation, la dernière décision répertoriée qu’il a rendue étant datée du 4 décembre 2017.

[73] Comme l’a par ailleurs précisé le colonel Dutil lors du voir-dire, s’il a délégué ses pouvoirs de juge militaire en chef au juge d’Auteuil, ce n’est pas parce que celui-ci avait été nommé juge militaire en chef adjoint quelques jours auparavant. C’est plutôt parce que c’était le juge d’Auteuil (transcriptions du voir-dire, à la page 67). Et, ce n’était pas la première fois. De telles délégations de pouvoirs — révoquées par la suite — avaient été effectuées antérieurement dans le présent dossier (décision de récusation, aux paragraphes 12 et 22).

G. *Risque de conflit d’intérêts de l’administratrice de la cour martiale*

[74] Nous l’avons noté plus haut. L’administrateur de la cour martiale exerce ses fonctions sous la direction générale du juge militaire en chef (paragraphe 165.19(3) de la LDN). Or, M^{me} Morrissey, l’administratrice actuelle de la cour martiale, a personnellement été impliquée dans le présent dossier (c’est elle qui aurait pris des mesures pour transférer l’adjudant Dorval dans une autre unité) et elle sera appelée comme témoin à charge par la poursuite (paragraphe 82 de la décision de récusation). Tout ceci crée une apparence de conflit d’intérêts.

[75] Conformément à l’article 165.2 de la LDN, l’administratrice de la cour martiale a donc autorisé une autre personne du Cabinet du juge militaire en chef, M. Michel Saindon (administrateur intérimaire) à exercer de façon intérimaire les fonctions d’administrateur de la cour martiale dans ce dossier.

H. *Conférences de coordination et conférences préparatoires*

[76] Le 21 septembre 2018, la poursuite, d’un commun accord avec la défense, a fixé la date de la convocation du colonel Dutil devant la Cour martiale au 10 juin 2019, soit neuf mois plus tard (transcription de la conférence du 21 septembre 2018, aux pages 8 à 13).

[77] Colonel Dutil has always been transparent in terms of his intentions.

[78] All the coordinating and pre-trial conferences were held without prejudice to the right of the accused to request at the opening of the trial his recusal and that of any other military judge then on duty (transcript of the conference of September 6, 2018, at pages 16–20; transcript of the conference of September 21, 2018, at pages 2–3).

[79] Furthermore, Colonel Dutil also made it known that he was going to assign military judges as witnesses, notably to come and explain to the Court Martial the functioning of the Office of the Chief Military Judge and how it worked in practice (transcript of the conference of September 6, 2018, at page 17). In fact, the Deputy Chief Military Judge received a summons on June 6, 2019 (summons and certificate of service, Exhibits VD 1-4 and VD 1-5).

[80] As for Judge Sukstorf, throughout the discussions that the attorneys had with the Deputy Chief Military Judge, it was taken for granted that she did not have sufficient linguistic ability to preside at a contested trial in French and that she would not be assigned (transcript of the conference of September 6, 2018, at pages 5, 6, 9 and 19; transcript of the conference of January 8, 2019, at pages 10–11; transcript of the conference of April 12, 2019, at pages 35–36).

[81] On May 1, 2019, the prosecution announced its intention of withdrawing, at the opening of the trial, four of the eight counts: (1) the first count concerning one of the two charges of having made a false statement; (2) the sixth, seventh and eighth counts of negligence to the prejudice of good order and discipline (record of the pre-trial teleconference of May 1, 2019, at pages 2–11).

[82] Three of the four counts withdrawn concerned the personal relationship that Colonel Dutil allegedly had with a subordinate in 2014 and 2015: the failure to comply as a commanding officer with the requirements of DAOD 5019-1 (sixth count); not to have properly

[77] Le colonel Dutil a été en tout temps transparent au niveau de ses intentions.

[78] Toutes les conférences de coordination et préparatoires au procès ont été tenues sans préjudice au droit de l'accusé de requérir à l'ouverture du procès sa récusation et celle de tout autre juge militaire alors en fonction (transcription de la conférence du 6 septembre 2018, aux pages 16 à 20; transcription de la conférence du 21 septembre 2018, aux pages 2–3).

[79] De plus, le colonel Dutil a également fait savoir qu'il allait assigner comme témoins des juges militaires pour venir notamment expliquer à la Cour martiale le fonctionnement du Cabinet du juge militaire en chef et comment en pratique cela se passait (transcription de la conférence du 6 septembre 2018, à la page 17). De fait, le juge en chef militaire adjoint a reçu une citation à comparaître le 6 juin 2019 (citation à comparaître et procès-verbal de signification, pièces VD1-4 et VD 1-5).

[80] Quant à la juge Sukstorf, tout au long des discussions que les procureurs ont eues avec le juge militaire en chef adjoint, il a été pris pour acquis que cette dernière n'avait pas les capacités linguistiques suffisantes pour présider un procès contesté en français et que celle-ci ne serait pas désignée (transcription de la conférence du 6 septembre 2018, aux pages 5, 6, 9, 19; transcription de la conférence du 8 janvier 2019, aux pages 10–11; transcription de la conférence du 12 avril 2019, aux pages 35–36).

[81] Le 1^{er} mai 2019, la poursuite a annoncé son intention de retirer, à l'ouverture du procès, quatre des huit chefs d'accusation : 1) le premier chef concernant l'une des deux accusations d'avoir fait une fausse déclaration; 2) les sixième, septième et huitième chefs de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline (procès-verbal de la téléconférence préparatoire du 1^{er} mai 2019, aux pages 2 à 11).

[82] Trois des quatre accusations retirées ont trait à la relation personnelle que le colonel Dutil aurait eue avec une subordonnée en 2014 et 2015 : l'omission de se conformer à titre de commandant aux exigences de la DOAD 5019-1 (sixième chef); de ne pas avoir signalé

reported the personal relationship that he had with his subordinate (seventh count); and not to have ended the command relationship between himself and his subordinate (eighth count).

[83] Nevertheless, Colonel Dutil is still accused of conduct to the prejudice of good order and discipline (section 129 of the NDA), in that, between autumn 2014 and September 2015, in Gatineau, Quebec, as well as in other places, when he was the commanding officer of the Office of the Chief Military Judge, he had a personal relationship with Warrant Officer Dorval, a person under his command (fifth count). Is it a minor offence? What is the objective seriousness today of the act for which Colonel Dutil is reproached?

[84] If we give credence to the intention expressed on May 1, 2019, by the Special Prosecutor, the prosecution will not present any evidence at trial on the command and subordination relationships, but will seek a special finding of guilty pursuant to section 138 of the NDA. Therefore, the simple fact of having had a personal relationship with another service member would be sufficient to obtain a finding of guilty (pre-trial teleconference record of May 1, 2019, at pages 4 and 5). Of course, the defence attorney already announced that he would object at the trial to this manner of proceeding (page 6).

I. *Convening of the court martial of Colonel Dutil*

[85] Initially convened by the Acting Court Martial Administrator to a General Court Martial (convening order of January 17, 2019), following the choice expressed by Colonel Dutil, the accused was finally convened on June 10, 2019, to a Standing Court Martial (convening order of May 2, 2019) (paragraph 36 of the recusal decision).

[86] Incidentally, we live by the standard of the judgment *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, which sets out a presumptive ceiling beyond which delay—from the charge to the actual or anticipated end of trial—is presumed to be unreasonable, unless exceptional circumstances justify it. According to the understanding of the Court Martial, this presumptive ceiling is 18 months. The presumptive period began when,

correctement la relation personnelle qu’il avait avec sa subordonnée (septième chef); et de ne pas avoir mis fin à la relation de commandement entre lui-même et sa subordonnée (huitième chef).

[83] Il n’empêche, le colonel Dutil est toujours accusé d’avoir eu un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la LDN), en ce que, entre l’automne 2014 et septembre 2015, à Gatineau, Québec, ainsi qu’à d’autres endroits, alors qu’il était le commandant du Cabinet du juge militaire en chef, il a eu une relation personnelle avec l’adjudant Dorval, une personne sous son commandement (cinquième chef). Est-ce une infraction mineure? Quelle est la gravité objective aujourd’hui de l’acte qu’on reproche au colonel Dutil?

[84] Si l’on donne foi à l’intention exprimée le 1^{er} mai 2019 par le procureur spécial, la poursuite ne présentera aucune preuve au procès sur les liens de commandement et de subordination, mais recherchera un verdict annoté en vertu de l’article 138 de la LDN. Donc, le simple fait d’avoir eu une relation personnelle avec une autre militaire serait suffisant pour obtenir une condamnation (procès-verbal de la téléconférence préparatoire du 1^{er} mai 2019, aux pages 4 et 5). Bien entendu, le procureur de la défense a déjà annoncé qu’il s’objecterait au procès à cette façon de procéder (page 6).

I. *Convocation de la cour martiale du colonel Dutil*

[85] Convoqué initialement par l’administrateur intérimaire de la cour martiale à une cour martiale générale (ordre de convocation du 17 janvier 2019), suite au choix exprimé par le colonel Dutil, l’accusé a finalement été convoqué le 10 juin 2019 à une cour martiale permanente (ordre de convocation du 2 mai 2019) (paragraph 36 de la décision de récusation).

[86] Au passage, nous vivons à l’aune de l’arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, qui fixe un plafond présumé au-delà duquel le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipé du procès est présumé déraisonnable, à moins que des circonstances exceptionnelles le justifient. Selon la compréhension de la Cour martiale, ce plafond présumé est de 18 mois. Le délai présomptif a commencé à partir du

following the charges formulated January 25, 2018, the Director of Military Prosecutions was seized with the file (*R. v. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII), at paragraphs 21, 30, 31); recusal decision at paragraphs 21, 29 and 89). As a consequence, on the date that the trial began before the Court Martial, June 10, 2019, nearly 17 months had already elapsed.

J. *Notice of objection*

[87] On May 9, 2019, counsel for Colonel Dutil formally served the prosecution with an objection, presentable at the beginning of the trial, June 10, 2019.

[88] On May 23, 2019, Commander Deschênes was appointed a military judge.

[89] The next day, during the pre-trial teleconference, the Special Prosecutor proposed that the newly appointed Judge Deschênes be quickly assigned to preside at the trial in the event that the Deputy Chief Military Judge decided to recuse himself. Counsel for Colonel Dutil and the Deputy Chief Military Judge expressed their surprise given that Judge Deschênes had already worked in the Office of the Chief Military Judge (pages 6–11 of the record of May 24, 2019).

K. *Beginning of the trial before the Court Martial*

[90] As set out in the notice to appear, Lieutenant-Colonel d’Auteuil, Deputy Chief Military Judge presided, as the assigned judge, at the Court Martial that started on June 10, 2019, and continued on June 10, 11, 12 and 17, 2019.

[91] First, the matter of Colonel Dutil’s appearance in civilian or military dress was raised. The defense’s application for an exemption from military dress requirements raised, from the start of the trial, the tricky question of the judicial independence of the Office of the Chief Military Judge. The prosecution insisted that Colonel Dutil wear his military uniform. A military judge’s image of impartiality is commonly associated with the wearing of civilian dress instead of judicial robes. This will set the tone

moment où à la suite des accusations formulées le 25 janvier 2018, le directeur des poursuites militaires a été saisi du dossier (*R. c. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII), aux paragraphes 21, 30, 31); décision de récusation, aux paragraphes 21, 29 et 89). En conséquence, à la date de l’ouverture du procès devant la Cour martiale, le 10 juin 2019, tout près de 17 mois s’étaient déjà écoulés.

J. *Avis de demande de récusation*

[87] Le 9 mai 2019, le procureur du colonel Dutil a signifié à la poursuite une demande de récusation, en bonne et due forme, présentable à l’ouverture du procès, le 10 juin 2019.

[88] Le 23 mai 2019, la capitaine de frégate Deschênes a été nommée juge militaire.

[89] Le lendemain, lors de la téléconférence préparatoire au procès, le procureur spécial a proposé que la nouvelle juge Deschênes soit désignée rapidement pour présider le procès dans le cas où le juge militaire en chef adjoint décidait de se récuser. Le procureur du colonel Dutil et le juge militaire en chef adjoint ont fait part de leur étonnement compte tenu du fait que la juge Deschênes avait déjà travaillé dans le Cabinet du juge militaire en chef (aux pages 6 à 11 du procès-verbal du 24 mai 2019).

K. *Ouverture du procès devant la Cour martiale*

[90] Tel qu’annoncé dans l’avis de convocation, le lieutenant-colonel d’Auteuil, juge militaire en chef adjoint, a présidé, à titre de juge désigné, la Cour martiale, qui a débuté le 10 juin 2019, et s’est poursuivie les 10, 11, 12 et 17 juin 2019.

[91] De façon préliminaire, la question de la comparution du colonel Dutil, en tenue civile ou militaire, a été posée. La requête de la défense en exemption de la tenue militaire a soulevé, dès le début du procès, l’épineuse question de l’indépendance judiciaire du Cabinet du juge militaire en chef. En effet, la poursuite insistait pour que le colonel Dutil porte son uniforme militaire. L’image d’impartialité d’un juge militaire est couramment associée au port des vêtements civils en remplacement de la

for the practical difficulties that the Court Martial faces when a military judge—in this case, the Chief Military Judge—is on trial. The actions of military judges are likely to influence the perception of their independence and impartiality. In this case, the Deputy Chief Military Judge authorized Colonel Dutil to exercise his discretion about whether or not to wear a military uniform when appearing as the accused before the Court Martial pursuant to the principle of independence and impartiality associated with his role as a military judge (*R. v. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII) (uniform decision)).

[92] The morning of June 10, 2019, the prosecution officially withdrew charges 1, 6, 7 and 8 of the preferred charge sheet (affidavit of Larry Langlois, at paragraph 33, and audio recording of the hearing on June 10, 11 and 12, 2019, exhibit LL-26). The prosecution also stated its intention to amend, by consent, the third charge to reduce the amount indicated (\$927.60).

[93] As previously stated, Colonel Dutil formally requested the recusal of the Deputy Chief Military Judge (subparagraph 112.05(3)(b) of the QR&O [Vol. II – Disciplinary]).

[94] Courts Martial issues are public. Media representatives were therefore able to attend the hearings surrounding the *voir dire*. No confidentiality order was issued with respect to the documents filed at this time under the court martial, other than a non-publication order issued by the Deputy Chief Military Judge regarding the full testimony of Colonel Dutil and Ms. Morrissey. The non-publication order was cancelled at the hearing of June 17, 2019. Furthermore, no request was made before the Federal Court to issue a confidentiality order.

L. *Broad nature of the evidence and submissions to the Court Martial*

[95] During the *voir dire*—which required three hearing days—the defense heard testimony from the Chief Military Judge and Court Martial Administrator. They

toge de magistrat. Cela va donner le ton des difficultés pratiques auxquelles fait face la Cour martiale lorsqu'un juge militaire — en l'occurrence le juge militaire en chef — est au banc des accusés. Les faits et gestes d'un juge militaire sont susceptibles d'influencer la perception que l'on peut avoir de son indépendance et de son impartialité. En l'espèce, le juge militaire en chef adjoint a autorisé le colonel Dutil à exercer sa discrétion quant au fait de porter ou non l'uniforme militaire à titre d'accusé devant la Cour martiale en raison du principe d'indépendance et d'impartialité liés à sa fonction de juge militaire (*R. c. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII) (décision sur l'uniforme)).

[92] Le matin du 10 juin 2019, la poursuite a retiré officiellement les chefs d'accusation 1, 6, 7 et 8 de l'acte d'accusation (affidavit de Larry Langlois, au paragraphe 33, et enregistrement audio de l'audience des 10, 11 et 12 juin 2019, pièce LL-26). La poursuite a annoncé également son intention d'amender, de consentement, le troisième chef d'accusation pour réduire le montant mentionné (927,60 \$).

[93] Tel qu'annoncé antérieurement, le colonel Dutil a formellement demandé la récusation du juge militaire en chef adjoint (sous-alinéa 112.05(3)b) des ORFC [vol.II – Discipline]).

[94] Les débats de la Cour martiale ont un caractère public. Les représentants des médias ont donc pu assister aux audiences entourant le voir-dire. Aucune ordonnance de confidentialité n'a été rendue à l'égard des documents déposés à cette occasion en cour martiale, sinon qu'une ordonnance de non-publication de l'intégralité des témoignages du colonel Dutil et de M^{me} Morrissey a été rendue par le juge militaire en chef adjoint. L'ordonnance de non-publication a été annulée à l'audience du 17 juin 2019. Il n'y a par ailleurs eu aucune demande d'émission d'ordonnance de confidentialité devant la Cour fédérale.

L. *Caractère étendu des preuves et des représentations à la Cour martiale*

[95] Lors du voir-dire — qui a requis trois jours d'audition —, la défense a fait témoigner le juge militaire en chef et l'administratrice de la cour martiale. Ils ont

were both cross-examined at length by the Special Prosecutor. The prosecution did not call any witnesses. However, at the request of the prosecution, the Deputy Chief Military Judge allowed the Special Prosecutor to question Colonel Dutil about his relationship with the other military judges. In effect, the Special Prosecutor stated that this evidence was relevant to show that the Deputy Chief Military Judge should preside at the trial in accordance with the doctrine of necessity (transcript of the *voir dire*, at pages 99–122). In fact, the evidence and the prosecution’s submissions addressed not only the specific reasons for recusal of the Deputy Chief Military Judge (transcript of the *voir dire*, at pages 75–91), but also the animosity and strained relations between the Chief Military Judge and Judge Pelletier (transcript of the *voir dire*, at pages 107–112), and the involvement Judge Deschênes may have had in the file when she was a legal adviser (transcript of the *voir dire*, at pages 120–122).

[96] The defense specifically invoked several recusal reasons in calling for the recusal of the Deputy Chief Military Judge: (1) the institutional ties arising from the administrative relationships between the two judges with respect to the approval of expense accounts and training activities; (2) the longstanding personal friendship between the two judges; (3) the Deputy Chief Military Judge’s personal knowledge of the facts underlying the offences Colonel Dutil was accused of; (4) the Deputy Chief Military Judge’s personal knowledge of some of the prosecution’s witnesses; (5) the fact that the Deputy Chief Military Judge, himself, received a subpoena and would be called to testify at the trial.

[97] As for the prosecution, it opposed the objection by pointing out that there was sufficient institutional independence between the Deputy Chief Military Judge and the Chief Military Judge; that there was no reasonable apprehension of bias; that even if the Deputy Chief Military Judge could testify, it had not been shown that his testimony would be relevant and substantial. But the most important factor is this: if the Deputy Chief Military Judge felt that there are personal recusal reasons, the doctrine of necessity required that he still

été tous les deux longuement contre-interrogés par le procureur spécial. La poursuite n’a fait comparaître aucun témoin. Néanmoins, à la demande de la poursuite, le juge militaire en chef adjoint a permis au procureur spécial d’interroger le colonel Dutil sur ses relations avec les autres juges militaires. En effet, le procureur spécial a annoncé que cette preuve était pertinente pour démontrer que le juge militaire en chef adjoint devait lui-même présider le procès suivant la doctrine de nécessité (transcription du voir-dire, aux pages 99–122). De fait, la preuve et les représentations de la poursuite ont porté non seulement sur les motifs de récusation particuliers visant le juge militaire en chef adjoint (transcription du voir-dire, aux pages 75–91), mais également sur l’animosité et les relations tendues du juge militaire en chef avec le juge Pelletier (transcription du voir-dire, aux pages 107–112), ainsi que sur l’implication que la juge Deschênes avait pu avoir dans le dossier à l’époque où elle était conseillère juridique (transcription du voir-dire, aux pages 120–122).

[96] Plusieurs motifs de récusation ont été spécifiquement invoqués par la défense pour requérir la récusation du juge militaire en chef adjoint : 1) les liens institutionnels découlant des rapports administratifs entre les deux juges au niveau de l’approbation de comptes de dépenses et d’activités de formation professionnelle; 2) la relation personnelle d’amitié de longue date entre les deux juges; 3) la connaissance personnelle par le juge militaire en chef adjoint des faits sous-jacents aux infractions reprochées au colonel Dutil; 4) la connaissance personnelle par le juge militaire en chef adjoint de certains témoins de la poursuite; et 5) le fait que le juge militaire en chef adjoint a lui-même reçu une citation à comparaître et sera appelé à témoigner au procès.

[97] De son côté, la poursuite s’est opposée à la requête en récusation en faisant valoir que l’indépendance institutionnelle entre le juge militaire en chef adjoint et le juge militaire en chef était suffisante; qu’il n’existait aucune crainte raisonnable de partialité; que même si le juge militaire en chef adjoint pouvait témoigner, il n’avait pas été démontré que son témoignage serait pertinent et substantiel. Mais le plus important, c’est ceci : si le juge militaire en chef adjoint estimait qu’il existe des motifs personnels de récusation, la doctrine de nécessité

continue to preside at Colonel Dutil's court martial. In effect, it is likely that there are reasons of bias or incapacitation with respect to the other military judges which would also allow them to recuse themselves in turn. Consequently, his decision to recuse himself could make it impossible to conduct the trial within a reasonable time frame (transcript of the *voir dire*, at pages 182, 193; transcript of the conference of April 12, 2019, at pages 35–38).

M. Inseparable nature of recusal and non-assignment decisions

[98] On June 17, 2019, the Deputy Chief Military Judge recused himself. His decision was read at the hearing. The written reproduction includes 110 paragraphs of reasons. This decision is not being challenged today by the applicant.

[99] Still during the public hearing and immediately after the reading of the recusal decision, the Deputy Chief Military Judge read the letter dated June 17, 2019—the non-assignment decision. The letter was labelled as an exhibit and placed in the Court Martial file (record of June 17, 2019, at pages 276–282). This is the decision being challenged today by the applicant.

[100] Lastly, after the reading of the impugned decision, the trial was adjourned to an indeterminate date. The Deputy Chief Military Judge determined that his recusal did not affect the convening order issued by the acting Court Martial Administrator (paragraphs 102–105 of the recusal decision). The trial before the Court Martial will therefore be able to proceed, in due course, before another military judge, if necessary.

V. This application for judicial review

[101] The applicant is adopting a clear, frank and unequivocal position that allows the federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever. The Deputy Chief Military Judge—to whom, on June 15, 2018, Colonel Dutil delegated his powers pursuant to sections 165.26 and 165.27 of the NDA—has the legal

l'obligeait quand même à continuer à présider la cour martiale du colonel Dutil. En effet, il y a fort à parier qu'il existe des motifs de partialité ou d'incapacité visant les autres juges militaires, de sorte qu'ils pourraient à leur tour se récuser également. En conséquence, sa décision de se récuser pourrait rendre impossible la tenue du procès dans un délai raisonnable (transcription du voir-dire, aux pages 182, 193; transcription de la conférence du 12 avril 2019, aux pages 35–38).

M. Caractère indissociable des décisions de recusation et de non-désignation

[98] Le 17 juin 2019, le juge militaire en chef adjoint s'est récusé. Sa décision a été lue à l'audience. Sa reproduction écrite comprend 110 paragraphes de motifs. Cette décision n'est pas contestée aujourd'hui par le demandeur.

[99] Toujours en audience publique, et immédiatement après la lecture de la décision de recusation, le juge militaire en chef adjoint a procédé à la lecture d'une lettre datée du 17 juin 2019 — la décision de non-désignation. Cette dernière a été marquée comme pièce et déposée au dossier de la Cour martiale (procès-verbal du 17 juin 2019, aux pages 276–282). C'est la décision qui est contestée aujourd'hui par le demandeur.

[100] Enfin, à la suite de la lecture de la décision contestée, le procès a été ajourné à une date indéterminée. En effet, le juge militaire en chef adjoint a déterminé que sa recusation ne rendait pas caduc l'ordre de convocation émis par l'administrateur intérimaire de la cour martiale (paragraphes 102–105 de la décision de recusation). Le procès devant la Cour martiale pourra donc se poursuivre, en temps et lieu, devant un autre juge militaire, le cas échéant.

V. La présente demande de contrôle judiciaire

[101] Le demandeur adopte une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accorde aucune discrétion quelle qu'elle soit à l'office fédéral. Le juge militaire en chef adjoint — à qui le colonel Dutil a délégué le 15 juin 2018 ses pouvoirs en vertu des articles 165.26 et 165.27 de la LDN — a l'obligation légale en vertu de l'article 165.25

obligation, under section 165.25 of the NDA, to appoint a replacement from the other military judges, regardless of whether there are recusal reasons or insufficient language skills for each of them. The applicant is entitled to a writ of *mandamus*. Alternatively, the impugned decision is also unreasonable and must be set aside.

[102] The application for judicial review is being challenged by the respondents. First, the impugned decision is not reviewable because it falls under the exercise of a judicial office specific to a superior court. Otherwise, the Federal Court has no jurisdiction pursuant to section 18.5 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (FCA). Alternatively, the Deputy Chief Military Judge did not usurp his powers under section 165.25 of the NDA, and the impugned decision is reasonable, whereas the conditions for issuing a writ of *mandamus* have not been met (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, [1993] F.C.J. No. 1098 (QL) (C.A.) (*Apotex*)).

[103] Having considered in their entirety the application and response files, evidence submitted by the parties, counsel's written and oral submissions, as well as relevant case law, there are no grounds to intervene and none of the remedies sought by the applicant will be granted by the Court today. On the one hand, the impugned decision is reviewable and the Federal Court has jurisdiction in this case. On the other hand, any legal obligation arising from section 165.25 of the NDA must be exercised in a manner consistent with the fundamental rights of the accused. No power was usurped by the Deputy Chief Military Judge. The impugned decision is reasonable: it rests on the evidence before the Court Martial and is based on a reasonable apprehension of bias or insufficient language skills. Either way, it is the only decision that can be made by the Deputy Chief Military Judge in this case, whereas all the remedies sought by the applicant must be denied.

[104] The specific reasoning used by the Court to reach this result and these conclusions is set out in the following sections.

de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il puisse exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci. Le demandeur a droit à l'émission d'un bref de *mandamus*. Subsidiairement, la décision contestée est également déraisonnable et doit être cassée.

[102] La demande de contrôle judiciaire est contestée par les défendeurs. Dans un premier temps, la décision contestée n'est pas révisable parce qu'elle relève de l'exercice d'une fonction judiciaire propre à une cour supérieure. Sinon, la Cour fédérale n'a pas autrement compétence en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (LCF). Subsidiairement, le juge militaire en chef adjoint n'a pas usurpé ses pouvoirs en vertu de l'article 165.25 de la LDN et la décision contestée est raisonnable, tandis que les conditions pour l'émission d'un bref de *mandamus* ne sont pas rencontrées (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, [1993] A.C.F. n° 1098 (QL) (C.A.) (*Apotex*)).

[103] Ayant considéré dans leur entièreté les dossiers de demande et de réponse, incluant les preuves soumises par les parties, les représentations écrites et orales des procureurs, ainsi que la jurisprudence pertinente, il n'y a pas lieu d'intervenir, et aucun des remèdes recherchés par le demandeur ne sera accordé aujourd'hui par la Cour. D'une part, la décision contestée est révisable et la Cour fédérale est compétente en l'espèce. D'autre part, toute obligation légale découlant de l'article 165.25 de la LDN doit être exercée de façon compatible avec les droits fondamentaux de l'accusé. Il n'y a eu aucune usurpation de pouvoir de la part du juge militaire en chef adjoint. La décision contestée est raisonnable : elle s'appuie sur la preuve devant la Cour martiale et se fonde sur des motifs de crainte raisonnable de partialité ou de non compétence linguistique. En tout état de cause, c'est la seule décision pouvant être prise en l'espèce par le juge militaire en chef adjoint, tandis que tous les remèdes recherchés par le demandeur doivent être refusés.

[104] Le raisonnement particulier suivi par la Cour pour en arriver à ce résultat et à ces conclusions est exposé dans les prochaines sections.

VI. Reviewability of the impugned decision and statutory jurisdiction of the Federal Court

[105] Under sections 18 and 18.1 of the FCA, the Federal Court has exclusive original jurisdiction to issue, among other things, *certiorari* and *mandamus* orders against any federal board, commission or other tribunal, which the applicant is seeking in this case. However, the respondents first pointed out that the impugned decision is not reviewable because the Deputy Chief Military Judge has privileges of a superior court or this Court does not, otherwise, have jurisdiction under section 18.5 of the FCA.

[106] It is appropriate to dismiss these claims which are not founded in law.

A. *Reviewability of the impugned decision*

[107] The specific qualification of the act—legislative, administrative, judicial or arising from royal prerogative—is irrelevant with respect to judicial review. In effect, this rests on constitutional necessity—in the name of the rule of law and the principle of the separation of powers—that the courts or a superior body be able to verify the legality of any decision rendered by a lower court (*Turp v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FC 12, at paragraph 118; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57, at paragraph 34; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 27–31; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750, at paragraph 13).

[108] In this case, the broad definition found in section 2 of the FCA applies to the impugned decision and encompasses the exercise—and even the non-exercise—of all jurisdiction or power set out in a federal Act (*Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraph 50).

[109] On the one hand, military judges are appointed by the Governor in Council under section 165.21 of the NDA and, in the case of the Chief Military Judge and the Deputy Chief Military Judge, under sections 165.24 and 165.28 of

VI. Caractère révisable de la décision contestée et compétence statutaire de la Cour fédérale

[105] En vertu des articles 18 et 18.1 de la LCF, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de *certiorari* et de *mandamus* contre un office fédéral, ce qui est recherché en l'espèce par le demandeur. Or, les défendeurs ont fait valoir, de façon préliminaire, que la décision contestée n'est pas révisable parce que le juge militaire en chef adjoint est doté des privilèges d'une cour supérieure, ou que la présente Cour n'a pas autrement compétence en vertu de l'article 18.5 de la LCF.

[106] Il convient de rejeter ces dernières prétentions qui ne sont pas fondées en droit.

A. *Caractère révisable de la décision contestée*

[107] La qualification particulière de l'acte posé — législatif, administratif, judiciaire ou relevant de la prérogative royale — importe peu en matière de contrôle judiciaire. En effet, celui-ci repose sur la nécessité constitutionnelle — au nom de la primauté du droit et du principe de la séparation des pouvoirs — que les tribunaux ou un organe supérieur puissent vérifier la légalité, de toute décision rendue par un tribunal inférieur (*Turp c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CF 12, au paragraphe 118; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57, au paragraphe 34; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 27–31; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750, au paragraphe 13).

[108] En l'espèce, la définition large que l'on retrouve à l'article 2 de la LCF s'applique à la décision contestée et englobe l'exercice — voire le non exercice — de toute compétence ou pouvoir prévu par une loi fédérale (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, au paragraphe 50).

[109] D'une part, les juges militaires sont nommés par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 165.21 de la LDN, et dans le cas du juge militaire en chef et du juge militaire en chef adjoint, en vertu des articles 165.24 et

the NDA. Although a military judge has the same immunity from liability as a judge of a superior court of criminal jurisdiction (section 165.231 of the NDA), they are not persons appointed under section 96 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

[110] On the other hand, under section 165.25 of the NDA, the military judge tasked with presiding at a court martial and conducting judicial hearings in a given file is usually assigned by the Chief Military Judge. Furthermore, the Chief Military Judge is allowed to delegate his or her power to assign to any military judge, other than a reserve force military judge. This is expressly set out in section 165.26 of the NDA.

[111] Since the decision to assign a military judge to preside at a court martial and conduct judicial hearings constitutes a presumed exercise of a jurisdiction set out in section 165.25 of the NDA, therefore, the Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, is reviewable by the Federal Court (*Rushnell v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 199, [2001] F.C.J. No. 366 (QL) (*Rushnell*), at paragraph 12; *Forsyth v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 643, [2003] 1 F.C. 96, at paragraph 10; and *Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge)*, 2007 FCA 390, 288 D.L.R. (4th) 544 (*Director of Military Prosecutions*)).

B. Limited scope of section 18.5 of the FCA

[112] The Deputy Chief Military Judge also claims that the recusal decision could be appealed before the CMAC, which is being challenged by the applicant. Since the non-assignment decision cannot be separated from the recusal decision, this Court would not have jurisdiction to hear the application for judicial review under section 18.5 of the FCA. Colonel Dutil did not specifically take a position on the jurisdiction of the CMAC but recalled that the issues in the context of this application for judicial review are the same as those

165.28 de la LDN. Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (article 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod.par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]].

[110] D'autre part, en vertu de l'article 165.25 de la LDN, le juge militaire chargé de présider une cour martiale et de tenir des auditions judiciaires dans tel ou tel dossier, est habituellement désigné par le juge militaire en chef. Par ailleurs, il est permis au juge militaire en chef de déléguer son pouvoir de désignation à tout juge militaire, autre qu'un juge militaire de la force de réserve. C'est ce que prévoit expressément l'article 165.26 de la LDN.

[111] Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'article 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire est révisable par la Cour fédérale (*Rushnell c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 199, [2001] A.C.F. n° 366 (QL) (*Rushnell*), au paragraphe 12; *Forsyth c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 643, [2003] 1 C.F. 96, au paragraphe 10; et *Canada (Directrice des poursuites militaires) c. Canada (Juge militaire en chef)*, 2007 CAF 390 (*Directrice des poursuites militaires*)).

B. Portée limitée de l'article 18.5 de la LCF

[112] Le juge militaire en chef adjoint prétend également que la décision en récusation pourrait faire l'objet d'un appel devant la CACM, ce qui est contesté par le demandeur. Puisque la décision sur la non-désignation est indivisible de la décision de récusation, cette Cour n'aurait pas compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.5 de la LCF. Le colonel Dutil n'a pas spécifiquement pris position sur la compétence de la CACM, mais rappelle que les enjeux dans le cadre de cette demande de contrôle judiciaire

considered by the Deputy Chief Military Judge with respect to the objection.

[113] Section 230.1 of the NDA governs the Minister's right to appeal to the CMAC. With the exception of the cases expressly mentioned in this provision, such as the stay of proceedings because an accused is unfit to stand trial (subsection 202.121(7) of the NDA), there is generally no appeal of an interlocutory decision (see *Rushnell* at paragraph 12). Furthermore, it is not clear that the recusal decision is, itself, appealable because it does not seem to fall under one of the reasons listed in section 230.1 of the NDA. And we must remember that there is no right to appeal without a legislative text (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, 1993 CanLII 137, at pages 69–70; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348, at paragraph 25).

[114] The Deputy Chief Military Judge specifically invokes paragraph 230.1(d) of the NDA. This provision authorizes an appeal as it pertains to “the legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge.” In this respect, we do not fall into this frame of reference.

[115] In this case, section 186 of the NDA allows a military judge to recuse himself. The recusal decision that was not challenged by the prosecution did not terminate the proceedings. Nor does it constitute a failure of the Court Martial to exercise its jurisdiction with respect to the charges brought against Colonel Dutil by the Director of Military Prosecutions. The replacement of the recused judge will be carried out in accordance with the regulatory procedure, as needed. Because Colonel Dutil's trial was adjourned after the recusal, in accordance with subsection 112.14(6) of the QR&O [Vol. II – Disciplinary], it cannot be said, in this case, that the Court Martial refused or failed to exercise its jurisdiction. The problem is that there is no other judge who is impartial, independent and currently able to preside at the trial in French. If a new military judge from the regular force is appointed under section 165.21 of the NDA, or if a military judge from the reserve force is appointed under section 165.22 of the NDA, it will be lawful for the Deputy Chief Military Judge to exercise

son les mêmes que ceux considérés par le juge militaire en chef adjoint lors de la requête en récusation.

[113] C'est l'article 230.1 de la LDN qui encadre le droit du ministre d'en appeler à la CACM. Mis à part les cas expressément mentionnés dans cette disposition, comme la suspension de l'instance fondée sur l'inaptitude d'un accusé à subir son procès (paragraphe 202.121(7) de la LDN), il n'y a généralement aucun appel d'une décision interlocutoire (voir *Rushnell*, au paragraphe 12). D'ailleurs, il n'est pas clair que la décision de récusation soit elle-même appelable puisque celle-ci ne paraît pas s'inscrire dans un des motifs mentionnés à l'article 230.1 de la LDN. Et il n'y a pas d'appel sans texte, doit-on le rappeler (*Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, 1993 CanLII 137, aux pages 69–70; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348, au paragraphe 25).

[114] Le juge militaire en chef adjoint invoque spécifiquement l'alinéa 230.1d) de la LDN. Cette disposition autorise un appel dans le cas où il s'agit de « la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations ou qui refuse ou fait défaut d'exercer sa juridiction à l'égard d'une accusation. » Avec égard, nous n'entrons pas dans ce cadre de référence.

[115] En l'espèce, l'article 186 de la LDN permet à un juge militaire de se récuser. La décision de récusation qui n'a pas été contestée par la poursuite n'a pas mis fin aux délibérations. Celle-ci ne constitue pas non plus un défaut de la Cour martiale d'exercer sa compétence à l'égard des accusations portées par le directeur des poursuites militaires contre le colonel Dutil. Le remplacement du juge récusé sera effectué conformément à la procédure réglementaire, le cas échéant. Puisque le procès du colonel Dutil a été ajourné après la récusation, conformément au paragraphe 112.14(6) des ORFC [vol. II – Discipline], on ne peut pas dire ici que la Cour martiale a refusé ou a fait défaut d'exercer sa juridiction. Le problème, c'est qu'il n'y a aucun autre juge impartial et indépendant ou capable actuellement de présider un procès en français. Si un nouveau juge militaire de la force régulière est nommé en vertu de l'article 165.21 de la LDN, ou si un juge militaire de la force de réserve est nommé en vertu de l'article 165.22 de la LDN, il sera loisible au juge militaire en chef adjoint d'exercer

jurisdiction under section 165.25 of the NDA, and the trial will be able to resume before the court martial.

[116] Lastly, because Parliament took the trouble to mention in section 18.5 of the FCA that it is “if an Act of Parliament expressly provides for an appeal” (my emphasis), it would be contrary to the wording of the Act and to the interest of the administration of justice for this Court not to exercise its jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the FCA because a right of appeal could implicitly exist under the NDA.

[117] Therefore, today, we must dismiss any declaratory exception to jurisdiction based on section 18.5 of the FCA. At the same time, since no appeal—or permission to appeal after the deadline—has been filed to date on behalf of the Minister, and considering the fact that the Federal Court hears applications for judicial review without delay and in a summary way (subsection 18.4(1) of the FCA), it is not in the interest of justice to order a stay of proceedings in this file under section 50 of the FCA.

VII. Standard of review

[118] This is an application for judicial review from a reasoned decision rendered on June 17, 2019, by the Deputy Chief Military Judge. This is not a case of a delay by a federal board, commission or other tribunal in rendering a decision affecting a parties’ rights.

[119] In short, the applicant is challenging both the legality and the reasonability of the non-assignment decision (the impugned decision). In his notice of application for judicial review dated July 16, 2019, he claimed that the Deputy Chief Military Judge: (1) acted beyond his jurisdiction or refused to exercise his jurisdiction under section 165.25 of the NDA by not assigning another military judge; (2) erred in law in making a decision by ruling on the appearance of bias or insufficient language skills of the other available military judges or, alternatively, by not taking into account the doctrine of necessity to assign another military judge; (3) based his decision on an erroneous finding of fact that he made in

la compétence d’attribution prévue à l’article 165.25 de la LDN, et le procès pourra reprendre devant la Cour martiale.

[116] Enfin, puisque le législateur a pris la peine de mentionner à l’article 18.5 de la LCF que c’est « lorsqu’une loi fédérale prévoit expressément qu’il peut être interjeté appel » (je souligne), il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que cette Cour n’exerce pas sa compétence en vertu des articles 18 et 18.1 de la LCF parce qu’un droit d’appel pourrait implicitement exister en vertu de la LDN.

[117] Il faut donc écarter aujourd’hui tout moyen déclaratoire de compétence fondé sur l’article 18.5 de la LCF. Du même coup, puisqu’aucun appel — ou permission d’en appeler hors délai — n’a été déposé à ce jour au nom du ministre, et considérant le fait que la Cour fédérale statue dans un bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes de contrôle judiciaire (paragraphe 18.4(1) de la LCF), il n’est pas dans l’intérêt de la justice d’ordonner une suspension des procédures dans le présent dossier en vertu de l’article 50 de la LCF.

VII. Norme de contrôle

[118] On a affaire ici à une demande de contrôle judiciaire à l’encontre d’une décision motivée rendue le 17 juin 2019 par le juge militaire en chef adjoint. On ne peut pas parler ici d’un cas où un office fédéral tarde à rendre une décision tranchant les droits d’une partie.

[119] En bref, le demandeur conteste tant la légalité que la raisonabilité de la décision de non-désignation (la décision contestée). Dans son avis de demande de contrôle judiciaire du 16 juillet 2019, il reproche au juge militaire en chef adjoint : 1) d’avoir outrepassé sa compétence ou autrement avoir refusé d’exercer sa compétence prévue à l’article 165.25 de la LDN en ne désignant pas un autre juge militaire; 2) d’avoir rendu une décision entachée d’une erreur de droit en statuant sur l’apparence de partialité ou l’incapacité linguistique des autres juges militaires disponibles, ou subsidiairement, en ne tenant pas compte de la doctrine de nécessité pour désigner un autre juge militaire; 3) d’avoir rendu une décision fondée

a capricious manner or without regard for the material before him.

[120] Although these are reasons for judicial review that are explicitly referred to in paragraphs 18.1(4)(a), (c) and (d) of the FCA, this does not dispense this Court from determining the standard of review applicable to the impugned decision (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*)). The question of whether—assuming the Deputy Chief Military Judge made a reviewable error—the Court must issue a writ of *mandamus* or of *certiorari*, or return the matter to the decision-maker with directions, as explicitly allowed by subsection 18.1(3) of the FCA, is left entirely to the Court’s discretion. Therefore, the standard of review must not be confused with the remedial powers of the Court.

[121] As the Supreme Court noted in December 2019 in *Vavilov*, the new revised framework “starts with a presumption that reasonableness is the applicable standard whenever a court reviews administrative decisions” (at paragraph 16). That is indeed the case concerning the Deputy Chief Military Judge’s specific reasons for not assigning the other eligible military judges after recusing himself.

[122] On the other hand, this matter presents unique challenges to the Canadian military justice system. The current process for convening a court martial and assigning a military judge to preside at the court martial is seriously undermined when the Chief Military Judge—or his or her designate—has a conflict of interest or when there are no impartial military judges with the required language skills. Also, in our view, the legal effect of the power to assign under section 165.25 of the NDA falls into the category of general questions of law “of central importance to the legal system as a whole” (*Vavilov*, at paragraphs 17, 53, 58–62). In such cases, a single determinate answer is required (*Vavilov*, at paragraph 62).

sur des conclusions de fait erronées, tirées de façon arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait.

[120] Bien qu’il s’agit de motifs de révision judiciaire qui sont explicitement prévus aux alinéas 18.1(4)a, c) et d) de la LCF, cela ne dispense pas cette Cour de la détermination de la norme de contrôle applicable à l’examen de la décision contestée (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*)). La question de savoir — à supposer qu’une erreur révisable a été commise par le juge militaire en chef adjoint — si la Cour doit émettre un bref de *mandamus* ou de *certiorari*, ou encore retourner l’affaire au décideur avec des directives comme le permet explicitement le paragraphe 18.1(3) de la LCF, relève entièrement de la discrétion de la Cour. Il ne faut donc pas confondre la norme de contrôle avec les pouvoirs remédiaux de la Cour.

[121] Tel que la Cour suprême est venue le rappeler en décembre 2019 dans l’arrêt *Vavilov*, le nouveau cadre d’analyse révisé « repose sur la présomption voulant que la norme de la décision raisonnable soit la norme applicable chaque fois qu’une cour contrôle une décision administrative » (au paragraphe 16). C’est bien le cas en ce qui concerne les motifs particuliers pour lesquels le juge militaire en chef adjoint n’a pas désigné les autres juges militaires éligibles suite à sa récusation.

[122] D’un autre côté, cette affaire présente des défis uniques pour le système de justice militaire canadien. Le processus actuel de convocation d’une cour martiale et de désignation du juge militaire chargé de la présider est sérieusement mis à mal lorsque le juge militaire en chef — ou son délégué — a un conflit d’intérêts, ou qu’il n’y a pas d’autres juges militaires impartiaux possédant les compétences linguistiques requises. Aussi, il nous apparaît que la portée juridique du pouvoir de désignation prévu à l’article 165.25 de la LDN entre dans la catégorie des questions de droit générales « d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » (*Vavilov*, aux paragraphes 17, 53, 58–62). En pareil cas, une réponse unique et définitive s’impose (*Vavilov*, au paragraphe 62).

VII. Correct interpretation of section 165.25 of the NDA

[123] Section 165.25 of the NDA reads as follows:

Duties and functions

165.25 The Chief Military Judge assigns military judges to preside at courts martial and to perform other judicial duties under this Act.

[124] Preliminary note: The parties agree that it is not appropriate for the superior courts to interfere in the choice that the Chief Military Judge—or his or her designate—may make when assigning one military judge rather than another to preside at a Court Martial that has yet to be convened by the Court Martial Administrator. In principle, assigning a competent judge to hear a case is the exclusive prerogative of the Chief Justice and an executive function that is essential to the proper functioning and independence of any court of law. Allowing the executive a role in selecting what judges hear what cases would constitute an unacceptable interference with the independence of the judiciary (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at paragraph 71).

[125] Nonetheless, in this case, the applicant submits that the situation is different in circumstances where no military judge is assigned under section 165.25 of the NDA. According to the applicant, the question here is not to invalidate the Deputy Chief Military Judge's administrative decision to assign one military judge rather than another to hear a case, but rather to sanction his refusal, after recusing himself, to assign a replacement judge from the other three available judges. We are therefore dealing with a refusal to perform a legal duty, if not a usurpation of power, because it is only the judge assigned by the Deputy Chief Military Judge who can recuse himself or herself in response to a new objection brought before him or her. No other military judge may be "recused" in advance by the Deputy Chief Judge. This would be usurping the assigned judge's power to recuse himself or herself. In short, section 165.25 of the NDA does not grant any discretion. The assignment of a military judge is automatic: it is an absolute legal

VIII. Interprétation correcte de l'article 165.25 de la LDN

[123] L'article 165.25 de la LDN se lit comme suit :

Attributions

165.25 Le juge militaire en chef désigne un juge militaire pour chaque cour martiale et lui confie les fonctions judiciaires prévues sous le régime de la présente loi.

[124] Une note liminaire : les parties conviennent qu'il n'est pas opportun que les tribunaux supérieurs viennent s'immiscer dans le choix que le juge militaire en chef — ou son délégué — peut effectuer lorsqu'il est question d'assigner un juge militaire plutôt que tel autre pour présider une cour martiale qui n'a pas encore été convoquée par l'administrateur de la cour martiale. En principe, la désignation d'un juge compétent pour entendre une affaire est du ressort exclusif du juge en chef, et c'est une fonction exécutive essentielle au bon fonctionnement et à l'indépendance de toute cour de justice. Accorder au pouvoir exécutif un rôle quant à la question de savoir quels juges entendent quelles causes constituerait une atteinte inacceptable à l'indépendance du pouvoir judiciaire (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, au paragraphe 71).

[125] Il n'empêche, le demandeur prétend, en l'occurrence, que la situation est différente dans le cas où aucun juge militaire n'est désigné en vertu de l'article 165.25 de la LDN. Selon le demandeur, il ne s'agit pas ici d'invalider le choix administratif du juge militaire en chef adjoint de désigner un juge militaire plutôt qu'un autre d'entendre une cause, mais de sanctionner son refus, à la suite de sa récusation, de désigner un juge remplaçant parmi les trois autres juges disponibles. On aurait donc affaire à un refus d'accomplir un devoir légal, sinon à une usurpation de pouvoir, car c'est seulement le juge désigné par le juge militaire en chef adjoint qui peut se récuser à la suite d'une nouvelle requête en récusation présentée devant lui ou elle. Aucun autre juge militaire ne pourrait être « récusé » d'avance par le juge en chef adjoint. Ce serait une usurpation du pouvoir de récusation que possède le juge désigné. En somme, l'article 165.25 de la LDN n'accorde aucune discrétion. La désignation d'un juge militaire est automatique : c'est

obligation. Consequently, there is no need to go any further. Full stop.

[126] For their part, the respondents point out that the right to an independent and impartial tribunal is protected under the Constitution and that all judges are required to adhere to this principle in the decisions they may make. Also, when exercising his or her roles, including the role to assign, the Deputy Chief Military Judge must protect judicial independence and make a decision while respecting the accused's right to an impartial, independent and competent tribunal capable of hearing a case in the language chosen by the accused.

[127] This Court cannot agree with the applicant's narrow and restrictive interpretation of the power under section 165.25 of the NDA. The applicant submits that the word "*désigne*" in French—which is translated in English by the word "*assigns*"—has an imperative character and accordingly creates a legal obligation. Counsel for the applicant relies on the French version of section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21: « *L'obligation s'exprime essentiellement par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal et, à l'occasion, par des verbes ou expressions comportant cette notion. L'octroi de pouvoirs, de droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime essentiellement par le verbe « pouvoir » et, à l'occasion, par des expressions comportant ces notions* » (emphasis added). However, the English version of section 11 of the *Interpretation Act* is different and appears more restrictive since there is no mention to the present tense of the verb. In effect it simply provides: "The expression "*shall*" is to be construed as *imperative* and the expression "*may*" as *permissive*" (emphasis added).

[128] Moreover, the text of section 165.25 of the NDA must be interpreted *not only* in accordance with the rules governing bilingual statutes but within the larger framework of the modern rule that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament (*Khosa*, at paragraphs 38 and 40). Here the English version cannot be read so as to compel the Chief Military

une obligation légale absolue. Il n'est donc pas nécessaire d'aller plus loin. Point à la ligne.

[126] De leur côté, les défendeurs rappellent que le droit à un tribunal indépendant et impartial est protégé aux termes de la Constitution et que tous les juges sont tenus d'adhérer à ce principe dans les décisions qu'ils peuvent rendre. Aussi, lorsqu'il exerce son rôle de désignation, tout comme lorsqu'il exerce ses autres rôles, le juge militaire en chef adjoint doit protéger l'indépendance judiciaire et doit rendre sa décision en respectant le droit de l'accusé à un tribunal impartial, indépendant et compétent capable d'entendre une cause dans la langue choisie par l'accusé.

[127] Cette Cour ne peut souscrire à l'interprétation restrictive et limitative du pouvoir prévu à l'article 165.25 de la LDN que suggère le demandeur. Ce dernier soumet que le terme en français « *désigne* » — qui est traduit en anglais par « *assigns* » — a un caractère impératif et crée une obligation légale. Les procureurs du demandeur s'appuient sur la version française de l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 : « *L'obligation s'exprime essentiellement par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal et, à l'occasion, par des verbes ou expressions comportant cette notion. L'octroi de pouvoirs, de droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime essentiellement par le verbe « pouvoir » et, à l'occasion, par des expressions comportant ces notions* » (je souligne). Toutefois, la version anglaise de l'article 11 de la *Loi d'interprétation* diffère de la version française et semble plus restrictive puisqu'on ne réfère pas au temps présent du verbe. On indique simplement : « *The expression "shall" is to be construed as imperative and the expression "may" as permissive* » (je souligne).

[128] De plus, le texte de l'article 165.25 de la LDN ne doit pas être interprété *uniquement* en fonction des règles d'interprétation des lois bilingues, mais aussi dans le cadre plus vaste de la règle moderne selon laquelle il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (*Khosa*, aux paragraphes 38 et 40). En l'occurrence, la version anglaise ne peut être interprétée

Judge to assign a military judge if a valid reason for not doing so exists or for waiting a certain time before doing so. Otherwise, the words “shall assign” (emphasis added) would have been used in the English version of section 165.25 of the NDA.

[129] Nonetheless, no obligation exists in absolute terms. Any circular reasoning based on the assertion that “an order is an order” or “an obligation is an obligation” has no place in a legal world governed by the rule of law. To be legal, an obligation has to be consistent with the Constitution. Let us not forget that the Constitution is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect (subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*). In this case, a constitutional interpretation of section 165.25 of the NDA must implicitly include the following legal limitation: the exercise of the power to assign must be consistent with the Charter and not result in a miscarriage of justice for the accused. (See also *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paragraph 24; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul v. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611, 2018 QCCA 1611 (CanLII), at paragraph 75.) Accordingly, section 165.25 of the NDA empowers the Chief Military Judge—or his or her designate—to assign a military judge from the military judges for whom there is no known particular legal ground of disability or incapacitation.

[130] Moreover, while the laying of charges against Colonel Dutil seems to suggest that no one—not even the Chief Military Judge—is above the law, the fact remains that he must be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (paragraph 11(d) of the Charter). Equality before the law cannot be understood any other way. In addition, Colonel Dutil must be tried within a reasonable time. And since he validly chose French as the language of trial, the military judge assigned to preside at the Court Martial must be able to

comme obligeant le juge militaire en chef à désigner un juge militaire s’il y a un motif valable pour ne pas faire de désignation ou pour attendre un certain temps avant de désigner un juge militaire. Autrement, on retrouverait les mots « *shall assign* » (je souligne) et non pas seulement le mot « *assigns* » dans la version anglaise de l’article 165.25 de la LDN.

[129] Il n’empêche, aucune obligation n’existe de manière absolue. Toute pétition de principe reposant sur l’affirmation qu’« un ordre, c’est un ordre », ou qu’« une obligation, c’est une obligation », n’a pas raison d’être dans un monde juridique gouverné par la primauté du droit. Pour être légale, l’obligation doit être compatible avec la Constitution. Faut-il le rappeler, la Constitution est la loi suprême du Canada et rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit (paragraphe 52(1) 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]]). En l’espèce, une interprétation se voulant constitutionnelle de l’article 165.25 de la LDN doit comprendre, de manière implicite, la limitation légale suivante : l’exercice du pouvoir de désignation doit être conforme à la Charte et ne pas entraîner un déni de justice à l’accusé. (Voir aussi *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, au paragraphe 24; *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611 (CanLII), au paragraphe 75.) Partant, le juge militaire en chef — ou son délégué — désigne, en vertu du pouvoir prévu à l’article 165.25 de la LDN, un juge militaire parmi les juges militaires dont on ne connaît pas une cause légale d’incapacité ou d’incapacité particulière.

[130] Au demeurant, bien que le dépôt d’accusations contre le colonel Dutil semble suggérer que personne n’est au-dessus des lois — même le juge en chef militaire — il reste que ce dernier doit être présumé innocent tant qu’il n’a pas été déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable (alinéa 11d) de la Charte). L’égalité devant la loi ne peut être comprise autrement. De plus, le colonel Dutil doit être jugé dans un délai raisonnable. Et, puisqu’il a valablement opté pour que son procès se déroule en français, le juge militaire désigné pour présider

understand French without the assistance of an interpreter (paragraph 16(1)(b) and subsection 3(2) of the OLA; *Girouard v Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1282, [2020] 2 F.C.R. 199, at paragraph 207). These are fundamental, non-negotiable rights that cannot be restricted for reasons of administrative convenience, such as a shortage of military judges (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, 1999 CanLII 684 (*Beaulac*)).

[131] This leads us to analyze the Deputy Chief Military Judge's reasons for recusing himself and why he concretely made the "difficult" decision not to assign a replacement judge from the other three eligible military judges.

IX. Reasonableness of the impugned decision

[132] The impugned decision is reasonable in all respects and does not otherwise contain a reviewable error of law or fact affecting the ultimate result and justifying the intervention of this Court.

A. *Preliminary observations*

[133] In this case, where the doctrine of necessity is invoked at will before both the Court Martial and this Court, one cannot ignore the Deputy Chief Military Judge's reasons for recusing himself to prevent a flagrant injustice from being done to the accused. The impugned decision has the same legitimate objective and is intimately related to the administration of military justice, the necessary maintenance of the independence of the Court Martial, and the image of impartiality of military judges. It is much more than a marching order. It seems that the Deputy Chief Military Judge sought to stir the pot or, better yet, issue a warning to assert the independence of the Office of the Chief Military Judge and to publicly alert the appropriate authorities to the current shortcomings and limitations of the law when the accused is a military judge.

[134] However, it is not disputed that a chief justice, regardless of the court in question, has some discretion in assigning the judges that will preside over the hearings

la Cour martiale doit comprendre le français sans l'aide d'un interprète (alinéa 16(1)(b) et paragraphe 3(2) de la LLO; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1282, [2020] 2 R.C.F. 199, au paragraphe 207). Il s'agit de droits fondamentaux, non-négociables, et dont l'exercice ne peut-être restreint pour des raisons de commodité administrative, comme le manque de juges militaires (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 1999 CanLII 684, (*Beaulac*)).

[131] Cela nous conduit à analyser les motifs pour lesquels le juge militaire en chef adjoint s'est récusé et pourquoi il a pris concrètement la décision « difficile » de ne pas désigner un juge remplaçant parmi les trois autres juges militaires éligibles.

IX. Caractère raisonnable de la décision contestée

[132] La décision contestée est raisonnable à tous égards et elle n'est pas autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de cette Cour.

A. *Observations préliminaires*

[133] On ne peut faire abstraction dans le présent dossier où la doctrine de nécessité est invoquée à souhait, tant devant la Cour martiale que la présente Cour, des motifs pour lesquels le juge militaire en chef adjoint s'est récusé pour éviter qu'une injustice flagrante soit commise à l'endroit de l'accusé. La décision contestée poursuit le même objectif légitime et est intimement reliée à l'administration de la justice militaire, au maintien nécessaire de l'indépendance de la Cour martiale et à l'image d'impartialité des juges militaires. C'est bien plus qu'un ordre de marche. C'est un pavé dans la mare, mieux un cri d'alarme, que le juge militaire en chef adjoint semble avoir voulu lancer afin d'affirmer l'indépendance du Cabinet du juge militaire en chef et de signaler publiquement aux autorités compétentes les limites et les lacunes actuelles de la loi, lorsque l'accusé est un juge militaire.

[134] Or, il n'est pas contesté qu'un juge en chef, peu importe la cour en question, a une certaine discrétion dans la désignation des juges qui présideront les

before his or her court. Basically, it will be accepted without challenge that a chief justice may consider the schedules and qualifications of his or her judges when assigning the cases to be heard. Similarly, if a clear and apparent conflict of interest is already known to the Chief Justice (for example, the judge's spouse represents or is a party before the Court), it goes without saying that the judge in question will not be assigned to hear the case. In this case, the evidence in the record amply supports the apprehension of bias or injustice raised by the Deputy Chief Military Judge.

[135] However, a word of caution: This is an exceptional case. No general rule applicable to all chief justices can be distilled. What is extraordinary is also the combination of unprecedented factors. As the judge assigned to preside at the court martial of Colonel Dutil, the Deputy Chief Military Judge personally decided on the probative value of the evidence and arguments presented at the *voir dire* and had to consider the doctrine of necessity raised by the Director of Military Prosecutions. Under the circumstances, it became clear that the only other eligible military judges—Judges Pelletier, Sukstorf and Deschênes—could not hear the case. Normally, the Chief Justice does not have this type of information when assigning a judge to hear a case (unless a judge came forward beforehand to inform the Chief Justice of a ground of incapacitation).

B. *Deputy Chief Military Judge's personal reasons for recusal*

[136] In simple terms, the Deputy Chief Military Judge concluded that Colonel Dutil had shown, on a balance of probabilities, that a fully informed person having thought the matter through in a realistic and practical way would conclude that he is biased (paragraph 84 of the recusal decision). Indeed, the Deputy Chief Military Judge considers that his friendship with the accused (paragraphs 73, 75 and 76 of the recusal decision) and the fact that he might testify at his trial (paragraphs 76 and 83 of the recusal decision) are in themselves sufficient grounds for recusal, even if the institutional relationships between the Chief Military Judge and the

audiences devant sa cour. Dans sa plus simple expression, on acceptera sans contestation qu'un juge en chef puisse prendre en considération l'horaire et les compétences de ses juges pour assigner les causes à entendre. Dans le même ordre d'idée, si un conflit d'intérêts clair et apparent est déjà connu du juge en chef (par exemple, le conjoint du ou de la juge représente une partie ou est partie devant la cour), il va de soi que le juge en question ne sera pas assigné pour entendre la cause. En l'espèce, la preuve au dossier appuie amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint.

[135] Toutefois, un mot de prudence : la présente instance est exceptionnelle. Aucune règle générale applicable à tous les juges en chef ne peut être distillée. Ce qu'il y a d'extraordinaire, c'est également la combinaison de facteurs inusités. Comme juge désigné pour présider la cour martiale du colonel Dutil, le juge militaire en chef adjoint a personnellement décidé de la valeur probante des preuves et des arguments présentés lors du *voir-dire* et il a eu à considérer la doctrine de nécessité soulevée par le directeur des poursuites militaires. Dans ce contexte, il est devenu évident que les seuls autres juges militaires éligibles — les juges Pelletier, Sukstorf et Deschênes — ne pouvaient entendre la cause. Habituellement, lorsqu'un juge en chef désigne un juge pour présider une affaire, il ne dispose pas de ce genre d'informations (à moins qu'un juge ne l'ait rencontré au préalable pour lui faire part d'un motif d'incapacité).

B. *Motifs de récusation personnels et propres au juge militaire en chef adjoint*

[136] En clair, le juge militaire en chef adjoint conclut que le colonel Dutil a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de manière réaliste et pratique, conclurait qu'il est partial (paragraphe 84 de la décision de récusation). En effet, le juge militaire en chef adjoint considère que ses liens d'amitié avec l'accusé (paragraphes 73, 75 et 76 de la décision de récusation), et le fait qu'il puisse témoigner à son procès (paragraphes 76 et 83 de la décision de récusation), sont des motifs suffisants, en eux-mêmes, pour justifier une récusation, et ce, même si les rapports institutionnels

military judges, including himself, are not enough to constitute grounds for recusal (paragraphs 63–72 of the recusal decision).

[137] In fact, the Deputy Chief Military Judge has become a personal friend and confidant of Colonel Dutil over time and helped him manage his relationship with Warrant Officer Dorval after things ended between them. The professional and support interactions during more difficult family situations on both sides were also corroborated by Ms. Morrissey (paragraphs 14, 15 and 16 of the recusal decision). And, regarding his subpoena as a defence witness at the trial, the Deputy Chief Military Judge is satisfied that it has been shown that his testimony could be relevant and substantial for some of the offences. Whether it relates to the existence or non-existence of a relationship between Colonel Dutil and Warrant Officer Dorval and the nature of the relationship itself, or to the performance of Colonel Dutil’s temporary duty (which forms the basis of the fraud and false statement charges concerning his claim), his subpoena as a witness is justified and is simply not a roundabout way to select one military judge or another.

C. Previous relationships with court reporters and the Court Martial Administrator: a systematic factor tainting the impartiality of military judges who are working or have worked at the Office of the Chief Military Judge

[138] In addition, the Deputy Chief Military Judge noted that the fact that some witnesses who are working or have worked at the Office of the Chief Military Judge—particularly court reporters and the Court Martial Administrator—was a serious factor to be considered, because it is very difficult to disregard those close ties in assessing the reliability and credibility of the witnesses (paragraphs 77–82 of the recusal decision). Not only is it a relevant consideration in terms of the apprehension of bias raised against the Deputy Chief Military Judge, but it also applies just as much to other military judges.

existants entre le juge militaire en chef et les juges militaires, incluant lui-même, ne sont pas suffisants pour constituer un motif de récusation (paragraphes 63 à 72 de la décision de récusation).

[137] De fait, le juge militaire en chef adjoint est devenu un confidant et un ami personnel du colonel Dutil avec le temps et l’a aidé dans sa gestion de la relation qu’il avait avec l’adjudant Dorval après leur rupture. Les liens professionnels et d’assistance lorsqu’il y a eu des moments familiaux plus difficiles d’un côté et de l’autre, ont été également corroborés par M^{me} Morrissey (paragraphes 14, 15 et 16 de la décision de récusation). Et, s’agissant de l’assignation à comparaître comme témoin de la défense au procès, le juge militaire en chef adjoint est satisfait qu’il a été démontré que son témoignage pourrait être pertinent et substantiel à l’égard de certaines des infractions. Que ce soit sur l’existence ou non de la relation entre le colonel Dutil et l’adjudant Dorval et la nature de la relation elle-même, ou sur l’exercice du devoir temporaire du colonel Dutil (qui est à la base des accusations de fraude et de fausse déclaration concernant sa réclamation), la citation à comparaître comme témoin est justifiée et n’est simplement pas un moyen détourné pour sélectionner un juge militaire ou un autre.

C. Rapports antérieurs avec les sténographes judiciaires et l’administratrice de la cour martiale : un élément systématique contaminant l’impartialité des juges militaires travaillant ou ayant travaillé dans le Cabinet du juge militaire en chef

[138] D’autre part, le juge militaire en chef adjoint a souligné que le fait que certains témoins travaillant ou ayant travaillé dans le Cabinet du juge en chef militaire — en particulier les sténographes judiciaires et l’administratrice de la cour martiale — était un facteur sérieux à considérer, car il est très difficile de mettre de côté ces rapports de proximité dans l’évaluation de la crédibilité et de la fiabilité des témoins (paragraphes 77 à 82 de la décision de récusation). Non seulement il s’agit d’une considération pertinente au niveau des craintes de partialité soulevées à l’endroit du juge militaire en chef adjoint, mais celle-ci s’adresse tout autant aux autres juges militaires.

[139] In this regard, the Deputy Chief Military Judge notes that a relationship of trust between the military judge and the court reporter is essential to the proper functioning of the court martial (paragraph 78 of the recusal decision). Thus, the judge has to know more about the court reporter than a normal professional relationship would require. This trust is similar to that often shared between two soldiers on service. They have to know each other enough to be efficient in their respective duties (paragraph 79 of the recusal decision).

[140] In particular, for those witnesses who are former court reporters, the Deputy Chief Military Judge concludes that it would be difficult to believe that he could ignore his familiarity with these people, despite some time having passed, to be able to assess their credibility and reliability in this matter (paragraph 80 of the recusal decision). The same goes for Warrant Officer Dorval, whom the Deputy Chief Military Judge knew personally (paragraph 81 of the recusal decision).

[141] As for Ms. Morrissey, who will also be called as a prosecution witness, the Deputy Chief Military Judge notes that she will continue in the future to make decisions, as Court Martial Administrator, that could personally affect him in his role as a military judge. Ruling on the credibility and reliability of her testimony therefore includes an increased risk of her making retaliatory decisions or the fear of a negative impact on their working relationship (paragraph 82 of the recusal decision).

[142] These are external factors that could contribute to a reasonable apprehension of bias not only on the part of the Deputy Chief Military Judge but also on the part of the other eligible military judges, hence the decision not to assign them (paragraphs 11 and 14 of the non-assignment decision). This conclusion is not unreasonable; in fact, the Court is of the same view if, by chance, it is to substitute itself for the administrative decision maker. The work environment and the relationships between individuals at the Office of the Chief Military Judge are an essential component of this case before the Court Martial.

[139] À ce chapitre, le juge militaire en chef adjoint rappelle que le lien de confiance entre le juge militaire et le sténographe judiciaire est essentiel au bon fonctionnement de la cour martiale (paragraphe 78 de la décision de récusation). Ainsi, le juge est appelé à en connaître plus du sténographe que le requerrait une relation professionnelle habituelle. Cette confiance s'apparente à celle qui existe souvent entre deux militaires en mission. Ils doivent suffisamment se connaître pour pouvoir être efficaces dans leur fonction respective (paragraphe 79 de la décision de récusation).

[140] De façon particulière, pour les témoins qui sont d'anciens sténographes judiciaires, le juge militaire en chef adjoint conclut qu'il serait difficile de croire qu'il puisse mettre de côté sa connaissance acquise de ces personnes, et ce, malgré un certain écoulement du temps, pour être en mesure d'évaluer leur crédibilité et leur fiabilité dans cette affaire (paragraphe 80 de la décision de récusation). Il en va de même de l'adjudant Dorval que le juge militaire en chef adjoint a personnellement connue (paragraphe 81 de la décision de récusation).

[141] Pour ce qui est de M^{me} Morrissey, qui sera aussi appelée comme témoin à charge, le juge militaire en chef adjoint note qu'elle continuera dans le futur à prendre des décisions, à titre d'administratrice de la cour martiale, qui pourraient personnellement l'affecter dans sa fonction de juge militaire. Se prononcer sur la crédibilité et la fiabilité de son témoignage comporte donc le risque accru que M^{me} Morrissey prenne des décisions à saveur de représailles ou craigne que leur relation de travail soit négativement affectée (paragraphe 82 de la décision de récusation).

[142] Il s'agit là de facteurs externes pouvant alimenter une crainte raisonnable de partialité non seulement du côté du juge militaire en chef adjoint, mais tout autant de celui des autres juges militaires éligibles, d'où la décision de ne pas les désigner (paragraphes 11 et 14 de la décision de non-désignation). Cette conclusion n'est pas déraisonnable, et d'ailleurs, la Cour partage le même avis, si d'aventure, elle doit se substituer au décideur administratif. L'environnement de travail et les relations entre les individus au sein du Cabinet du juge militaire en chef constituent une composante essentielle de la présente cause devant la Cour martiale.

[143] Moreover, as noted by counsel for Colonel Dutil in his notice of objection dated May 9, 2019, “prejudice of good order and discipline” is an essential element of the offence under section 129 of the NDA (*R. v. Tomczyk*, 2012 CMAC 4, 443 N.R. 82, at paragraphs 24–25; *Canada v. Bannister*, 2019 CMAC 2, at paragraphs 44 et seq). Therefore, the trial judge will have to assess any direct evidence of actual prejudice or may infer prejudice as the natural consequence of proven acts. Of course, this legal exercise requires an impartial contextual analysis of all the evidence. This seems impossible if the military judge has personal knowledge of the context and the facts in issue and is potentially a material witness. This Court shares that view.

[144] The defence has already announced its intention to adduce contextual evidence at trial of the relationships between military judges and court personnel. It may reasonably be expected that a number of court reporters and military judges will therefore be called to the witness stand. Obviously, the trial judge will have to determine the credibility of the testimonies heard. However, a number of military judges are already aware of the allegations against Colonel Dutil and of the nature of the professional and personal relationship between him and Warrant Officer Dorval. This could distort their ultimate conclusion about the impact of this relationship on unit cohesion.

[145] A fully informed person having thought the situation through in a realistic and practical way would conclude that the previous relationships or close ties between the military judges and court reporters and the Judicial Administrator—who have to continue working together in the future and trust each other to do their work efficiently—are likely to influence or distort the judgment of the military judge assigned to hear the case, and raise a reasonable apprehension of bias. This is a general contaminating factor that requires quarantining all those concerned.

[143] D’ailleurs, comme l’a déjà souligné le procureur du colonel Dutil dans son avis de demande de récusation en date du 9 mai 2019, l’élément de « préjudice au bon ordre et à la discipline » est une composante essentielle de l’infraction prévue à l’article 129 de la LDN (*R. c. Tomczyk*, 2012 CACM 4, aux paragraphes 24–25; *Canada c. Bannister*, 2019 CACM 2, aux paragraphes 44 et suivants). Dans ce contexte, le juge du procès devra évaluer toute preuve directe de préjudice réel, ou encore déduire qu’il y a préjudice comme conséquence naturelle des actes prouvés. Cet exercice juridique exige, bien évidemment, de procéder à une analyse contextuelle impartiale de toute la preuve. Cela ne semble pas possible si le juge militaire a une connaissance personnelle du contexte et des faits en litige, et potentiellement, soit un témoin important. Cette Cour partage également le même avis.

[144] D’ores et déjà, la défense a déjà annoncé qu’elle entendait faire au procès une preuve de contexte au niveau des relations s’établissant entre les juges militaires et le personnel judiciaire. On peut raisonnablement s’attendre que plusieurs sténographes, ainsi que des juges militaires, seront donc appelés à la barre des témoins. Évidemment, le juge du procès sera appelé à décider de la crédibilité des témoignages entendus. Or, plusieurs juges militaires sont déjà au courant des faits reprochés au colonel Dutil et connaissent la nature des rapports professionnels et personnels entre le colonel Dutil et l’adjudant Dorval. Cela peut fausser leur conclusion éventuelle concernant l’impact que cette relation a pu avoir sur la cohésion de l’unité.

[145] Une personne bien renseignée qui étudierait la situation en profondeur, de manière réaliste et pratique, conclurait que les rapports antérieurs ou les liens de proximité entre les juges militaires et les sténographes judiciaires et l’administratrice judiciaire — qui doivent continuer de travailler ensemble dans le futur et se faire mutuellement confiance pour accomplir efficacement leur travail — sont de nature à influencer ou à fausser le jugement du juge militaire désigné pour entendre la cause et soulever une crainte raisonnable de partialité. C’est un facteur de contamination général qui force la mise en quarantaine de toutes les personnes concernées.

D. Specific or additional reasons for not assigning Judges Sukstorf, Deschênes or Pelletier

[146] To arrive at the conclusion not to assign any of the other three eligible military judges, the Chief Military Judge refers to the essence of the reasoning found in the recusal decision, which is based on the following elements, among other things:

- (a) Though she completed some second-language training and presided at a court martial in English where a witness gave brief testimony in French on a guilty plea and a joint submission on sentencing, Judge Sukstorf—whose mother tongue is English—does not have sufficient proficiency in French to preside over this contested and complex case (paragraphs 19 and 94 of the recusal decision and paragraphs 5 and 6 of the non-assignment decision);
- (b) In addition to her acting as a legal adviser at the Office of the Chief Military Judge and her apparent involvement in the ethics complaint, Judge Deschênes will have to assess the credibility and reliability of witnesses with whom she has worked or will continue to have a professional relationship and could also be called as a defence witness, which raises a reasonable apprehension of bias (paragraphs 37, 80–82 and 94 of the recusal decision; paragraphs 14 and 15 of the non-assignment decision). Moreover, since Judge Deschênes has been appointed only recently, she would not have the required experience to preside at Colonel Dutil’s trial;
- (c) Judge Pelletier’s appointment also raises a reasonable apprehension of bias, mainly because of his past and apparently acrimonious relationship with the Chief Military Judge and his personal knowledge of the witnesses and of what was said about the difficulty to assess the credibility and reliability of people with whom he has worked and will continue to work, like the Court Martial Administrator, who will continue to make decisions that could

D. Motifs particuliers ou additionnels de non-désignation des juges Sukstorf, Deschênes et Pelletier

[146] Pour arriver à la conclusion de ne désigner aucun des trois autres juges militaires éligibles, le juge militaire en chef reprend l’essence du raisonnement que l’on retrouve dans la décision de récusation, et qui s’articule notamment autour des éléments suivants :

- a) Bien qu’elle a suivi certains cours de langue seconde et ait présidé une cour martiale en anglais où un témoin a rendu un court témoignage en français dans le cadre d’un plaidoyer de culpabilité et d’une soumission conjointe sur sentence, la juge Sukstorf — dont la langue maternelle est l’anglais — n’a pas une compétence linguistique suffisante en français pour présider cette cause contestée et complexe (paragraphes 19 et 94 de la décision de récusation et paragraphes 5 et 6 de la décision de non-désignation);
- b) En plus d’avoir agi comme conseillère juridique au bureau du juge en chef militaire et avoir apparemment été impliquée dans la plainte déontologique, la juge Deschênes devra évaluer la crédibilité et la fiabilité de témoins avec qui elle a travaillé ou continuera d’avoir une relation professionnelle et pourrait être elle-même appelée à témoigner par la défense, ce qui soulève une crainte raisonnable de partialité (paragraphes 37, 80 à 82 et 94 de la décision de récusation; paragraphes 14 et 15 de la décision de non-désignation). De plus, la juge Deschênes n’ayant été que très récemment nommée, elle n’aurait pas l’expérience nécessaire pour présider le procès du colonel Dutil;
- c) La nomination du juge Pelletier soulève également une crainte raisonnable de partialité, notamment à cause de sa relation passée apparemment acrimonieuse avec le juge militaire en chef et sa connaissance personnelle des témoins et de ce qui a été dit au sujet de la difficulté d’évaluer la crédibilité et la fiabilité de personnes avec lesquelles il a travaillé et continuera de travailler, comme l’administratrice de la cour martiale qui continuera à

affect him in his role as a military judge (paragraphs 12, 13, 80 to 82 and 94 of the recusal decision; paragraph 11 of the non-assignment decision).

prendre des décisions pouvant l'affecter dans sa fonction de juge militaire (paragraphes 12, 13, 80 à 82 et 94 de la décision de récusation; paragraphe 11 de la décision de non-désignation).

[147] It is clear that Judge Deschênes's inexperience is not a reasonable ground not to assign her: a judge is a judge, and there is no training period where a judge is a novice or junior and cannot hear certain cases. That being said, this ground, as articulated in the non-assignment decision, could reflect the concern of the Director of Military Prosecutions regarding the training that Judge Deschênes had to complete and that could delay Colonel Dutil's trial. However, this conclusion was not determinative, and there is no need here to deal with it any further.

[147] Il est évident que l'inexpérience de la juge Deschênes n'est pas un motif raisonnable de non-désignation : un juge est un juge, et il n'existe pas de période de formation où un juge est novice ou junior et ne peut entendre certaines causes. Ceci étant dit, ce motif tel qu'exprimé dans la décision de non-désignation pourrait refléter l'inquiétude du directeur des poursuites militaires quant aux formations que la juge Deschênes devait suivre et qui pourraient retarder la tenue du procès du colonel Dutil. Toutefois, cette conclusion n'était pas déterminante, et il n'est pas ici nécessaire de s'y pencher plus longuement.

[148] Notwithstanding the issue of Judge Deschênes's inexperience, the impugned decision is, on the whole, reasonable. It goes without saying that a conflict of interest, whether real or apparent, disqualifies at least two military judges currently in office: Judges Pelletier and Deschênes. This leaves Judge Sukstorf. The applicant would like Judge Sukstorf herself to decide the issue of her language skills. The applicant notes that in *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549, (1986), 27 D.L.R. (4th) 406 (*Société des Acadiens*), the Supreme Court stated that "a judge must assess in good faith and in as objective a manner as possible his or her own level of understanding of the language of the proceedings" (pages 627–628). That comment is not determinative, in the opinion of this Court.

[148] Nonobstant la question de l'inexpérience de la juge Deschênes, la décision contestée est raisonnable dans son ensemble. Il va de soi qu'un conflit d'intérêts, réel ou apparent, disqualifie au moins deux juges militaires actuels, les juges Pelletier et Deschênes. Reste la juge Sukstorf. Le demandeur voudrait que ce soit la juge Sukstorf qui tranche elle-même la question de ses capacités linguistiques. Le demandeur rappelle que dans l'arrêt *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549 (*Société des Acadiens*), la Cour suprême a mentionné qu'« un juge doit, de bonne foi et de la manière la plus objective possible, évaluer lui-même son niveau de compréhension de la langue des procédures » (page 628). Ce dernier commentaire n'est pas déterminant de l'avis de cette Cour.

[149] First, the right to a trial in the official language of one's choice has changed considerably since *Société des Acadiens*, especially in a criminal law context, which was not the context of that case (see, for example, *Beaulac*). Moreover, we do not believe that the Supreme Court rejected the possibility that a chief justice would himself or herself assess the language proficiency of his or her judges, when *Société des Acadiens* was decided against the backdrop of a party's request that another judge hear the case. On the contrary, Justice Wilson quoted [at paragraph 167] with approval the following excerpt from *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711

[149] D'abord, le droit à un procès dans la langue officielle de son choix a bien évolué depuis *Société des Acadiens*, surtout dans un contexte de droit criminel, qui n'était pas celui de ce dernier arrêt (voir, par exemple, *Beaulac*). D'ailleurs, nous ne croyons pas que la Cour suprême a écarté la possibilité qu'un juge en chef évalue lui-même la compétence linguistique de ses juges, alors que *Société des Acadiens* a été décidée dans le contexte d'une demande par une partie pour qu'un autre juge entende la cause. Au contraire, la juge Wilson cite [au paragraphe 167] avec approbation un extrait de la décision *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711

(Q.B.): “I have no doubt that at the accused’s hearing a bilingual judge will be provided by the Chief Justice, and there is no reason why bilingual court staff cannot be made available” (emphasis added).

[150] Regarding Judge Sukstorf’s language skills, it is therefore clear that the decision falls within the proper administration of justice and the Deputy Chief Military Judge’s power to assign. What is more, in the case of a federal court such as the Court Martial, it is the responsibility of its head—Chief Justice, Chairperson or designate—to ensure that the person assigned to hear the case can preside at the trial in English, French or both official languages, as applicable, without the assistance of an interpreter, when section 16 of the OLA applies.

[151] Ultimately, this Court must defer to the good judgment of the Deputy Chief Military Judge. First, throughout the preliminary discussions, it appears that the parties on the record always considered that Judge Sukstorf could not preside at the court martial of Colonel Dutil. At the very least, the Director of Military Prosecutions never objected to this. Second, even if Judge Sukstorf has occasionally, in a very limited way, heard brief testimony in French and even signed a decision written in French in a non-contested matter, the complexity of this case is a serious impediment. The Court sees nothing unreasonable in the Deputy Chief Military Judge’s conclusion.

E. Doctrine of necessity: non-application in cases of flagrant injustice

[152] Following the *voir dire*, the Deputy Chief Military Judge found that the prosecution had demonstrated that there could be grounds to justify an objection regarding Judges Pelletier and Deschênes, as Judge Sukstorf does not have sufficient language abilities to conduct a trial in French (paragraph 94 of the recusal decision).

[153] The fact remains, the Deputy Chief Military Judge concluded in the recusal decision, that the doctrine of necessity did not oblige him to continue to preside over the trial (paragraphs 85–101 of the recusal decision).

(B.R.), dans laquelle on peut lire : [TRADUCTION] « Je ne doute pas que le Juge en chef fournira un juge bilingue aux fins de l’audience et rien n’empêche que le personnel de la cour soit aussi bilingue » (je souligne).

[150] S’agissant des capacités linguistiques de la juge Sukstorf, il est donc clair qu’il s’agit d’une décision relevant de la saine administration de la justice et des pouvoirs de désignation du juge militaire en chef adjoint. Qui plus est, dans le cas d’un tribunal fédéral comme la Cour martiale, il incombe à son dirigeant — juge en chef, président ou délégué — de veiller à ce que la personne chargée d’entendre l’affaire puisse présider le procès en anglais, en français ou dans les deux langues officielles, sans l’aide d’un interprète, suivant l’option applicable en l’espèce lorsque l’article 16 de la LLO s’applique.

[151] En définitive, cette Cour doit s’en remettre au bon jugement du juge militaire en chef adjoint. D’abord, tout au long des discussions préliminaires, il appert que les parties au dossier ont toujours considéré que la juge Sukstorf ne pouvait présider la cour martiale du colonel Dutil. À tout le moins, le directeur des poursuites militaires ne s’y est jamais objecté. Ensuite, même si la juge Sukstorf a pu à l’occasion, de manière très limitée, entendre un court témoignage en français, voire même signer une décision en français dans une affaire non contestée, la complexité du présent dossier constitue un empêchement sérieux. La Cour ne voit rien de déraisonnable dans la conclusion du juge militaire en chef adjoint.

E. Doctrine de la nécessité : non application dans le cas d’une injustice flagrante

[152] À la suite du *voir-dire*, le juge militaire en chef adjoint a conclu que la poursuite avait démontré qu’il pourrait y avoir des motifs pouvant justifier une demande de récusation à l’égard des juges Pelletier et Deschênes — la juge Sukstorf, n’ayant pas les capacités linguistiques suffisantes pour conduire un procès en langue française (paragraphe 94 de la décision de récusation).

[153] Il n’empêche, le juge militaire en chef adjoint a conclu dans la décision de récusation que la doctrine de nécessité ne le forçait pas à continuer à présider le procès (paragraphes 85 à 101 de la décision de récusation). En

Indeed, a new military judge (other than one of the three eligible military judges), or even a reserve military judge, can still be appointed by the Governor in Council and subsequently assigned by the Deputy Chief Military Judge to continue Colonel Dutil's trial at a court martial. That said, even if there would be some delay, the prosecution had known about this issue for some time already (paragraphs 91, 92, 96–97 of the recusal decision).

[154] Before this Court, the applicant pleaded in the alternative that the doctrine of necessity required the Deputy Chief Military Judge to assign one of the three eligible military judges—even if the grounds for non-assignment concerning each of them were reasonable—given the situation of necessity in the case at bar. In reality, the applicant is indirectly challenging the merits of the reasoning underlying the Deputy Chief Military Judge's reasoned decision to recuse himself and, therefore, not to assign Judges Sukstorf, Pelletier and Deschênes because of the evidence, troubling to say the least, adduced during the *voir dire*. Insofar as the applicant did not legally challenge the recusal decision, he should not be permitted to assert today, before this Court, the doctrine of necessity, which constitutes a collateral attack. Despite that, and if the Court must nevertheless decide this issue today, the doctrine of necessity is of no assistance to the applicant.

[155] In *Ref. re Remuneration of Judges of Prov. Court of PEI; Ref. re Independence & Impartiality of Judges of Prov. Court of PEI; R. v. Campbell; R. v. Ekmeçic; R. v. Wickman; Manitoba Prov. Judges Assn. v. Manitoba (Min. of Justice)*, [1998] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court of Canada established certain scales for the application of the doctrine of necessity, and stated that it will not apply in circumstances where its application would involve positive and substantial injustice since it cannot be presumed that the policy of either the legislature or the law is that the rule of necessity should represent an instrument of such injustice. Secondly, when the rule does apply, it applies only to the extent that necessity justifies. These two limitations make clear that the doctrine should not be applied mechanically. To do so would gravely undermine the guarantee of an impartial and independent tribunal provided by section 11(d) of the

effet, un nouveau juge militaire (autre que l'un des trois juges militaires éligibles), ou encore un juge militaire de la réserve, pourra toujours être nommé par le gouverneur en conseil et être ensuite désigné par le juge militaire en chef adjoint pour continuer le procès en cour martiale du colonel Dutil. Cela dit, même s'il y aura un certain délai, cette problématique était connue de la poursuite depuis un certain temps déjà (paragraphes 91, 92, 96–97 de la décision de récusation).

[154] Devant cette Cour, le demandeur plaide subsidiairement que la doctrine de nécessité exigeait du juge militaire en chef adjoint qu'il désigne un des trois juges militaires éligibles — même si les motifs de non-désignation à l'égard de chacun de ceux-ci étaient raisonnables — vu la situation de nécessité qui prévaut en l'espèce. En réalité, le demandeur conteste indirectement le caractère bien fondé du raisonnement sous-tendant la décision motivée du juge militaire en chef adjoint de se récuser, et partant, de ne pas désigner les juges Sukstorf, Pelletier et Deschênes à cause des éléments, pour le moins troublants, qui ont été mis en preuve lors du *voir dire*. Dans la mesure où le demandeur n'a pas légalement contesté la décision de récusation, il ne devrait pas lui être permis de faire valoir aujourd'hui devant cette Cour la doctrine de nécessité, qui constitue une attaque collatérale. Qu'à cela ne tienne, et si la Cour doit malgré tout trancher aujourd'hui cette question, la doctrine de nécessité n'est d'aucun secours au demandeur.

[155] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ; R. c. Campbell; R. c. Ekmeçic; R. c. Wickman; Manitoba Prov. Judges Assn. c. Manitoba (Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a établi certains barèmes d'application de la doctrine de la nécessité, et a précisé que celle-ci ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle, puisqu'on ne saurait présumer que le législateur ou le droit entendent que la règle de la nécessité serve d'instrument d'injustice. Deuxièmement, lorsque la règle est effectivement appliquée, elle ne l'est que dans la mesure justifiée par la nécessité. Ces deux limitations indiquent clairement que la doctrine ne devrait pas être appliquée machinalement. Le faire porterait gravement atteinte au droit d'être

Charter. In this case, the doctrine of necessity would not apply in a context of criminal or military justice where the fundamental rights of the accused may be irreparably compromised by the absence of an impartial and independent tribunal or by the language deficiency of the trial judge.

F. *The rule of law: the absolute rule of conduct*

[156] The applicant also argues that, given the strong presumption of impartiality to which judges are entitled (*Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 4, [2003] 2 S.C.R. 259, at paragraph 59; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 FCA 394, at paragraph 6), the Deputy Chief Military Judge should have given, successively, each of the three eligible judges the opportunity to preside over the hearing, hear an objection already announced, and to then decide whether or not he could hear the case. Therefore, until all of the available judges have recused themselves one by one, the Deputy Chief Military Judge would have to assign another replacement military judge. In the Court's view, not only does such an approach go against the interests of the administration of justice, but it completely discredits the image of the courts martial while considerably weakening the institutional independence and the essential role of the Office of the Chief Military Judge in matters of military justice.

[157] One will agree that institutional independence includes administrative aspects that have a direct practical effect on the exercise of judicial functions, including assignment of judges, convening and the sittings of each court martial (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673 (*Valente*)). And, moreover, a Court Martial has the same powers, rights and privileges as are vested in a superior court of criminal jurisdiction with respect to the enforcement of its orders and all other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, and these latter powers also extend to each military judge for the exercise of his or her judicial duties (section 179 of the NDA).

[158] It must be noted that if the Deputy Chief Military Judge made the concrete decision, on June 17, 2019, to

jugé par un tribunal impartial et indépendant que garantit l'alinéa 11d) de la Charte. En l'espèce, la doctrine de la nécessité ne saurait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé peuvent être irrémédiablement compromis par l'absence d'un tribunal impartial ou indépendant ou par l'incapacité linguistique du juge du procès.

F. *La primauté du droit : la règle de conduite absolue*

[156] Le demandeur soutient également qu'étant donné la forte présomption d'impartialité à laquelle ont droit les juges (*Wewaykum Indian Band c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259, au paragraphe 59; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 CAF 394, au paragraphe 6), le juge militaire en chef adjoint aurait dû accorder, successivement, à chacun des trois juges éligibles la chance de présider l'audience, d'entendre une demande de récusation déjà annoncée et, ensuite de décider s'il pouvait ou non entendre la cause. Donc, jusqu'à ce que tous les juges disponibles se soient un à un récusés, il faudrait que le juge militaire en chef adjoint désigne un autre juge militaire remplaçant. De l'avis de la Cour, une telle approche va non seulement à l'encontre de la meilleure administration de la justice, mais elle a pour effet de totalement discréditer l'image des cours martiales, tout en affaiblissant considérablement l'indépendance institutionnelle et le rôle essentiel du Cabinet du juge militaire en chef en matière de justice militaire.

[157] On conviendra que l'indépendance institutionnelle inclut les aspects administratifs ayant directement un effet pratique sur l'exercice des fonctions judiciaires, incluant l'assignation des juges, la convocation et les séances de chaque cour martiale (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 (*Valente*)). Et, d'ailleurs, pour l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, la Cour martiale possède les mêmes attributions qu'une cour supérieure de juridiction criminelle, et ces derniers pouvoirs s'étendent également à chaque juge militaire pour l'exercice des fonctions judiciaires qui lui sont conférés (article 179 de la LDN).

[158] Force est de constater que si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision, le 17 juin

adjourn the matter before the Court Martial and to not assign a replacement judge among the three eligible military judges, it is not an act that was taken lightly. Quite the contrary. It is first and foremost to ensure the rule of law and to preserve the accused's right to a fair trial before an impartial and independent tribunal (paragraph 7 of the non-assignment decision). (See also *Ethical Principles for Judges*, Canadian Judicial Council, 2004 [at page 7]: "Judges should encourage and uphold arrangements and safeguards to maintain and enhance the institutional and operational independence of the judiciary.") And, because the confidence of the public and of military personnel depends on, among other things, the impartiality of the military judge, that confidence could be undermined if a replacement military judge were assigned among those currently eligible (paragraphs 7, 8 and 16 of the non-assignment decision).

[159] Having considered all of the grounds for non-assignment in light of the evidence in the record and the applicable principles of law, this Court is not satisfied that the challenged decision is unreasonable, or that it is otherwise tainted by a reviewable error of law or fact affecting the final outcome and justifying the intervention of this Court.

X. Exercise of judicial discretion with respect to the issuance of a writ of *mandamus* and remedial action

[160] As explained above, there was no excess of jurisdiction or usurpation of power by the Deputy Chief Military Judge, and the challenged decision is reasonable in all respects. Consequently, the applicant has not satisfied this Court that a writ of *certiorari* or a writ of *mandamus* can be granted. Alternatively, the respondents have invited this Court to disallow, in any event, the remedies sought by the applicant in the exercise of its judicial discretion.

[161] The issuance of a writ of *mandamus* is not automatic and, moreover, the applicant must comply with several cumulative conditions (*Lukacs v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 202, 14 Admin. L.R. (6th) 181, at paragraph 29; *Apotex; Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, 1979 CanLII 18, at page 574):

2019, d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant parmi les trois juges militaires éligibles, ce n'est pas un acte qui a été posé à la légère. Bien au contraire. C'est d'abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant (paragraphe 7 de la décision de non-désignation) (voir aussi *Principes de Déontologie Judiciaire*, Conseil Canadien de la magistrature, 2004 [à la page 7] : « Les juges, tant sur le plan institutionnel qu'opérationnel, favorisent et appliquent les mesures et les garanties qui visent à préserver et à accroître l'indépendance de la magistrature. ») Et, puisque la confiance du public et des militaires repose, entre autres choses, sur l'impartialité du juge militaire, cette confiance pourrait être minée si un juge militaire remplaçant était désigné parmi ceux qui sont actuellement éligibles (paragraphes 7, 8 et 16 de la décision de non-désignation).

[159] Ayant considéré l'ensemble des motifs de non-désignation à la lumière des preuves au dossier et des principes de droit applicables, cette Cour n'est pas satisfaite que la décision contestée est déraisonnable, ou que celle-ci est autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de la Cour.

X. Exercice de la discrétion judiciaire en matière d'émission de bref de *mandamus* et de réparation judiciaire

[160] Comme il a été expliqué plus haut, il n'y a eu aucun excès de compétence ou usurpation de pouvoir du juge militaire en chef adjoint, et la décision contestée est à tous égards raisonnable. Par conséquent, le demandeur n'a pas satisfait cette Cour qu'un bref de *certiorari* ou un bref de *mandamus* peut être accordé. Subsidiairement, les défendeurs ont invité cette Cour à refuser, en tout état de cause, les remèdes recherchés par le demandeur dans l'exercice de sa discrétion judiciaire.

[161] L'émission d'un bref de *mandamus* n'est pas automatique et d'ailleurs plusieurs conditions cumulatives doivent être respectées par le demandeur (*Lukacs c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 202, au paragraphe 29; *Apotex; Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 1979 CanLII 18, à la page 574) :

- | | |
|---|---|
| (1) there must be a legal duty to act; | (1) il doit exister une obligation légale d'agir à caractère public; |
| (2) the duty must be owed to the applicant; | (2) l'obligation doit exister envers le requérant; |
| (3) there must be a clear right to performance of that duty; | (3) il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation; |
| (4) where the duty sought to be enforced is discretionary, certain additional principles apply; | (4) lorsque l'obligation dont on demande l'exécution forcée est discrétionnaire, des principes additionnels s'appliquent; |
| (5) no adequate remedy is available to the applicant; | (5) le requérant n'a aucun autre recours; |
| (6) the order sought will have some practical value or effect; | (6) l'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique; |
| (7) the Court finds no equitable bar to the relief sought; and | (7) le tribunal estime que rien n'empêche d'obtenir le redressement demandé; |
| (8) on a balance of convenience an order of <i>mandamus</i> should be issued. | (8) compte tenu de la balance des inconvénients, une ordonnance de <i>mandamus</i> devrait être rendue. |

[162] First, the applicant must have a clear legal right. If there is a clear right to require the assignment of a judge, it must be of a public nature and the Director of Military Prosecutions may rely on it as the prosecutor. However, according to the principle of the rule of law, the simple fact that the decision maker must comply with the Charter cannot constitute a refusal to perform a legal duty, such that a writ of *mandamus* cannot be issued by the Court in such a case.

[163] The applicant relies on *Director of Military Prosecutions* rendered by the Federal Court of Appeal. However, the decision must be read in its entirety. The first issue concerned the legality of the Chief Military Judge's decision not to appoint a military judge, because such an assignment went against the open court principle. But that matter is very different from this case.

[164] The Federal Court of Appeal ruled that the Chief Military Judge and the applications Judge had both committed the same error of law by determining, from the start, that the sealing of the charge by the Director of Military Prosecutions for the brief period of time required for a military judge to rule on the issue of

[162] Premièrement, le demandeur doit avoir un droit légal clair. S'il existe un droit clair d'exiger la désignation d'un juge, celui-ci est nécessairement à caractère public et le directeur des poursuites militaires peut l'invoquer en tant que partie poursuivante. Toutefois, suivant le principe de la primauté du droit, le simple fait pour le décideur de se conformer à la Charte ne peut constituer un refus d'accomplir une obligation légale, de sorte qu'aucun bref de *mandamus* ne peut être émis par la Cour en pareil cas.

[163] Le demandeur s'appuie sur l'arrêt *Directrice des poursuites militaires* rendu par la Cour d'appel fédérale. Il faut lire l'ensemble de la décision, cependant. La première question touchait la légalité d'une décision de la juge militaire en chef de ne pas nommer de juge militaire, parce qu'une telle désignation allait à l'encontre du principe de la publicité des débats. Mais cette affaire est très différente du présent cas.

[164] La Cour d'appel fédérale a statué que la juge militaire en chef et la juge de première instance avaient tous les deux commis la même erreur de droit en déterminant au départ que la mise sous scellés de l'acte d'accusation par le directeur des poursuites militaires, durant la brève période requise pour qu'un juge militaire statue

confidentiality, contravened the constitutional principle of an open court. The Federal Court of Appeal concluded that no alternate avenue was open to the Director of Military Prosecutions in the case of a “classified” charge. However, if the issue of disclosure could not be submitted at the preliminary stage to the permanent court martial in the manner suggested by the Director of Military Prosecutions, the accused would likely never have been brought before justice. The Federal Court of Appeal therefore reversed the trial decision dismissing the application for judicial review. Without discussing or addressing the special conditions mentioned in *Apotex*, the Federal Court of Appeal issued a writ of *mandamus* ordering the Chief Military Judge to assign a military judge, and the Court Martial Administrator to convene a permanent court martial forthwith. Therefore, there is every reason to believe that if the constitutional principle of the open court—which had been raised prematurely—had been violated at the commencement of the trial by court martial, then the application for judicial review would have been dismissed and a writ of *mandamus* would not have been issued.

[165] It goes without saying that this case is different from *Director of Military Prosecutions* in many fundamental aspects. Non-assignment in the latter case occurred when the permanent court martial was not yet constituted. In the case at bar, Colonel Dutil’s court martial has already been constituted and its proceedings have only been adjourned.

[166] Second, even if one were to assume for a moment that there could be a legal duty to act, it is clear here that the order of *mandamus* sought will have no impact on a practical level. In addition, this Court finds that the public considerations that are mentioned later prevent the applicant from obtaining the relief sought. Moreover, the balance of convenience is clearly in favour of the accused, Dutil.

[167] Let us be categorical: In this context, none of the three current military judges available can preside over Colonel Dutil’s court martial without causing irreparable

sur la question de la confidentialité, contrevenait au principe constitutionnel de la publicité des débats. La Cour d’appel fédérale a conclu que le directeur des poursuites militaires ne disposait d’aucun autre moyen à sa disposition dans le cas d’un acte d’accusation « classifié ». Or, si la question de la divulgation ne pouvait pas être soumise préliminairement à la cour martiale permanente de la manière proposée par le directeur des poursuites militaires, l’accusé n’aurait sans doute jamais pu être traduit en justice. La Cour d’appel fédérale a donc infirmé la décision de première instance rejetant la demande de contrôle judiciaire. Sans discuter ou aborder les conditions particulières mentionnées dans l’arrêt *Apotex*, la Cour d’appel fédérale a émis un bref de *mandamus* ordonnant à la juge militaire en chef de désigner un juge militaire, et à l’administrateur de la cour martiale de convoquer sur le champ une cour martiale permanente. Il y a donc tout lieu de croire que si le principe constitutionnel de publicité des débats — qui avait été soulevé prématurément — avait été violé à l’ouverture du procès en cour martiale —, alors la demande de contrôle judiciaire aurait été rejetée et un bref de *mandamus* n’aurait pas été émis.

[165] Il va sans dire que la présente affaire se distingue de l’affaire *Directrice des poursuites militaires* sous plusieurs aspects fondamentaux. La non-désignation dans cette dernière affaire était intervenue alors que la cour martiale permanente n’était même pas encore constituée. Dans le cas sous étude, la cour martiale du colonel Dutil a déjà été constituée et ses procédures ne sont qu’ajournées.

[166] Deuxièmement, même en présumant pour un moment qu’il puisse exister une obligation légale d’agir, il est clair ici que l’ordonnance de *mandamus* sollicitée n’aura aucune incidence sur le plan pratique. De plus, la Cour estime que les considérations d’ordre public qui sont mentionnés plus loin empêchent le demandeur d’obtenir le redressement demandé. De surcroît, la balance des inconvénients est nettement en faveur de l’accusé Dutil.

[167] Soyons catégorique également : dans le contexte actuel, aucun des trois juges militaires disponibles actuels ne peut présider la cour martiale du colonel Dutil,

damage to the constitutional right granted to every accused, that is, the right to be tried by an independent and impartial tribunal. There is no possible proportionality or negotiation. In short, Judges Pelletier, Sukstorf and Deschênes cannot hear the case and are tainted by their past conduct or the positions that they were able to adopt. In a potentially toxic environment, only a new decision maker, from outside the Office of the Chief Military Judge, can remove the apprehension of bias already expressed by the Deputy Chief Military Judge. The evidence that was submitted during the *voir dire* is indeed eloquent and speaks for itself.

[168] The Office of the Chief Military Judge is a rather small unit of the Forces. It is clear that Colonel Dutil, who allegedly is its “commander” (which is challenged by the accused), has become an inevitable centre of attraction and that the charges have polluted the work environment and the relations of the officers and military personnel who are part of the workforce of the Office of the Chief Military Judge. Rumours. Information. Odds are that everyone has already formed an opinion. That includes, of course, the military judges. All of this is extremely damaging to the proper administration of the courts martial and the presumption of impartiality of its members. The strong presumption of impartiality has its limits. How can a military judge in office, today, argue seriously and with aplomb, that he has the distance and serenity required to exclude everything he may have already heard or seen? Do Judges Pelletier, Sukstorf and Deschênes really need to be assigned again by the defence, in turn, as part of a new *voir dire*, following an order of *mandamus* from this Court obliging the Deputy Chief Military Judge to nonetheless assign an available military judge? Is this the type of “spectacle” that we want to give to the public and to the litigants of the Code of Service Discipline?

[169] To ask the question is to answer it. In short, it would be futile here and contrary to the interests of the administration of justice to oblige the assignment of one of the three current military judges.

sans que ne soit irrémédiablement atteint le droit constitutionnel qui est accordé à tout accusé d’être jugé par un tribunal impartial et indépendant. Il n’y a pas de commune mesure ni de négociation possible. Bref, les juges Pelletier, Sukstorf et Deschênes ne peuvent entendre l’affaire et sont contaminés par leur comportement passé ou les prises de position qu’ils ont pu prendre. Dans un environnement potentiellement toxique, seul un nouveau décideur, provenant de l’extérieur du Cabinet du juge militaire en chef pourra faire disparaître les craintes de partialité déjà exprimées par le juge militaire en chef adjoint. La preuve qui a été soumise durant le voir-dire est d’ailleurs éloquente et parle d’elle-même.

[168] Le Cabinet du juge militaire en chef est une bien petite unité des Forces. Il est clair que le colonel Dutil, qui serait son « commandant » (ce qui est contesté par l’accusé), est devenu un centre incontournable d’attraction et que les accusations portées ont pollué l’environnement de travail et les relations des officiers et militaires faisant partie des effectifs du Cabinet du juge militaire en chef. Rumeurs. Dénonciations. Il y a fort à parier que tous et chacun se sont déjà fait une opinion. Ce qui inclut bien entendu les juges militaires. Tout ceci est hautement dommageable pour la bonne administration des cours martiales et la présomption d’impartialité de ses membres. La forte présomption d’impartialité a ses limites. Comment un juge militaire en place peut-il, aujourd’hui, prétendre sérieusement et avec aplomb, avoir la distance et la sérénité nécessaires pour faire exclusion de tout ce qu’il a pu entendre ou avoir vu déjà? Faut-il vraiment que les juges Pelletier, Sukstorf et Deschênes soient assignés derechef par la défense tour à tour dans le cadre d’un nouveau voir-dire, suite à une ordonnance de *mandamus* de cette Cour forçant le juge militaire en chef adjoint de désigner malgré tout un juge militaire disponible? Est-ce le genre de « spectacle » que l’on veut offrir au public et aux justiciables du Code de discipline militaire?

[169] Poser la question, c’est y répondre. Bref, il serait ici futile et contraire à la meilleure administration de la justice de forcer la désignation de l’un des trois juges militaires actuels.

[170] In passing, as described earlier, this Court was informed by counsel for respondent Dutil during the hearing of this application for judicial review in November 2019 that, on June 21, 2019, Judge Deschênes communicated directly with the military police on the subject of the case. However, a well-informed person examining the issue in detail, in a realistic and practical manner, would conclude that if a judge who is to hear a criminal case communicated with the police before the trial, that alone is a sufficient ground to raise a reasonable apprehension of bias. In addition, even if we were to give relative weight to what is reported in the email dated May 20, 2015—which constitutes hearsay and self-serving evidence—the fact remains that that evidence provides us with rather clear indications about the state of mind and opinion that Judge Deschênes may have had about Colonel Dutil’s guilt or innocence, especially after having spoken with Judge Pelletier and independent counsel. That is an important consideration with respect to the appearance of bias, and the least one can say is that Judge Deschênes is in conflict of interest, which is sufficient to personally disqualify her.

[171] Today, we must say it loudly and clearly: the litigants of the Code of Service Discipline are not second-class citizens. They all deserve fair treatment and the same quality of justice to which anyone accused of an offence punishable by imprisonment aspires and is entitled. Clearly, it was within the powers of the Deputy Chief Military Judge to protect the accused from flagrant injustice. Moreover, this Court would have acted in the same manner and granted a writ of prohibition to prevent the continuation of the trial before the Court Martial if the Deputy Chief Military Judge had instead assigned, on June 17, 2019, one of the three eligible military judges after their recusal (*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 1976 CanLII 2, at page 394, de Grandpré J. (dissenting); *Valente*, at paragraph 15).

[172] In passing, because of the findings at paragraphs 115, 121, 126, 131–133 and 145 of the *Pett* decision, the Deputy Chief Military Judge alternatively submits to this Court that the Director of Military

[170] Au passage, tel que précédemment décrit, la Cour a été informée par le procureur du défendeur Dutil lors de l’audience de la présente demande de contrôle judiciaire en novembre 2019, que la juge Deschênes a directement communiqué au sujet de la cause avec la police militaire le 21 juin 2019. Or, une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de manière réaliste et pratique, conclurait que si un juge qui doit entendre une cause criminelle a communiqué avant le procès avec la police, c’est un motif suffisant, en lui-même, pour soulever une crainte raisonnable de partialité. De plus, même en accordant un poids relatif à ce qui est rapporté dans le courriel du 20 mai 2015 — lequel constitue une preuve de ouï-dire et intéressée —, il n’en demeure pas moins que cette preuve nous fournit des indications assez claires sur l’état d’esprit et l’opinion que la juge Deschênes a pu se faire elle-même sur la culpabilité ou la non-culpabilité du colonel Dutil, surtout après avoir parlé au juge Pelletier et à un avocat indépendant. C’est une considération importante au niveau de l’apparence de partialité, et le moins qu’on puisse dire, c’est que la juge Deschênes est en conflit d’intérêts, ce qui est suffisant pour la disqualifier personnellement.

[171] Il faut aujourd’hui l’affirmer haut et fort : les justiciables du Code de discipline militaire ne sont pas des citoyens de seconde classe. Ils méritent tous et toutes un traitement équitable et la même qualité de justice auxquels aspirent et ont droit toute personne accusée d’une infraction punissable d’emprisonnement. Clairement, il relevait des pouvoirs du juge militaire en chef adjoint d’empêcher qu’une injustice flagrante soit causée à l’accusé. D’ailleurs, cette Cour aurait agi de même et aurait accordé un bref de prohibition pour empêcher la continuation du procès devant la Cour martiale si le juge militaire en chef adjoint avait plutôt désigné le 17 juin 2019 l’un ou l’autre des trois juges militaires éligibles à la suite de sa récusation (*Committee for Justice and Liberty c. L’Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 1976 CanLII 2, à la page 394, le juge de Grandpré (dissident); *Valente*, au paragraphe 15).

[172] Au passage, en raison des conclusions se retrouvant aux paragraphes 115, 121, 126, 131 à 133 et 145 de la décision *Pett*, le juge militaire en chef adjoint soumet subsidiairement à la Cour que le directeur des poursuites

Prosecutions is not able to demonstrate to this Court today that there is a legal duty to assign a military judge to preside over the trial of Colonel Dutil. On the contrary, the *Pett* decision makes it impossible to assign a judge to preside over the trial of Judge Dutil by expressly acknowledging that such a process is contrary to paragraph 11(d) of the Charter. The very assignment of a military judge would give substance to the threat to the independence of the military judgeship rectified by the declaration of no force or effect issued in *Pett*. The Deputy Chief Military Judge submits that *Pett* is unequivocal: it is primarily the Inquiry Committee that must address possible breaches of applicable standards of conduct by military judges (at paragraphs 90–91, 100, 102). In this case, the Inquiry Committee did not relieve Judge Dutil of his duties. Therefore, he cannot be charged under the Code of Service Discipline at this stage.

[173] The applicant’s counsel forcefully argue that the Court Martial is not a superior court and that the general declaration of no force or effect in the order dated October 2, 2019, is valid only in the case of the court martial of Master Corporal Pett. I agree; this is a serious argument. But that does not remove the problem of independence in this case. It will be for another time. One can expect the accused, Dutil, to raise the fact that, in January 2018, he was still a chief military judge and that the charges were not validly laid, such that the Court Martial was not validly convened. That is certainly a ground of attack that he could argue before the Court Martial, or even through an application for judicial review seeking a writ of prohibition, coupled with a declaration of no force or effect.

[174] Without deciding today whether or not the Court Martial can issue a general declaration of no force or effect, the fact remains that the Federal Court, the Federal Court of Appeal and the Court Martial Appeal Court undoubtedly have the power to issue declarations of no force or effect (see *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386; Han-Ru Zhou, “*Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments*” (2019), 97 *Can. Bar Rev.* 275, at pages 276–299, particularly at pages 286–290).

militaires n’est pas en mesure de démontrer à la Cour aujourd’hui qu’il existe une obligation légale de désigner un juge militaire pour présider le procès du colonel Dutil. Au contraire, la décision *Pett* rend impossible la désignation d’un juge pour présider le procès du juge Dutil en reconnaissant expressément qu’un tel processus est contraire à l’alinéa 11d) de la Charte. La désignation même d’un juge militaire concrétiserait la menace à l’indépendance de la magistrature militaire que rectifie la déclaration d’inopérabilité émise dans la décision *Pett*. Le juge militaire en chef adjoint soumet que la décision *Pett* est non équivoque : c’est d’abord le Comité d’enquête qui doit adresser les manquements potentiels aux normes de conduites applicables par les juges militaires (aux paragraphes 90–91, 100, 102). En l’espèce, le Comité d’enquête n’a pas relevé le juge Dutil de ses fonctions. Il ne peut donc pas faire l’objet d’accusations en vertu du Code de discipline militaire à ce stade.

[173] Les procureurs du demandeur soutiennent avec force que la Cour martiale n’est pas une cour supérieure et que la déclaration générale d’inopérabilité de l’ordre du 2 octobre 2019 ne serait valable que dans le cas de la cour martiale du caporal-chef Pett. J’en conviens, c’est un argument sérieux. Mais cela ne fait pas du coup disparaître le problème d’indépendance dans le présent dossier. Ce n’est que partie remise. On peut s’attendre à ce que l’accusé Dutil soulève le fait qu’en janvier 2018, il était toujours juge militaire en chef et que les accusations n’ont pas été valablement portées, de sorte que la Cour martiale n’a pas été valablement convoquée. C’est certainement un moyen d’attaque qu’il pourrait faire valoir devant la Cour martiale, ou encore par le biais d’une demande de contrôle judiciaire sollicitant un bref de prohibition, assortie d’une déclaration d’inopérabilité.

[174] Sans décider aujourd’hui si la Cour martiale peut ou non faire une déclaration d’inopérabilité générale, il n’empêche, la Cour fédérale, la Cour d’appel fédérale et la Cour d’appel de la cour martiale, possèdent indubitablement le pouvoir de faire des déclarations d’inopérabilité (voir *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386; Han-Ru Zhou, « *Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments* » (2019), 97 *R. du B. can.* 275, aux pages 276–299, en particulier aux

One need only think of *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498 and *R. v. Leblanc*, 2011 CMAC 2, 281 C.C.C. (3d) 451, which led, respectively, to the legislative reforms of 2008 regarding the accused's ability to choose the type of court martial and of 2011 regarding military judges' security of tenure.

[175] The balance of convenience therefore favours retaining the status quo. Certainly, the issues of judicial and institutional independence raised in *Pett* and *D'Amico* were not specifically considered by the Deputy Chief Military Judge in the impugned decision. However, they are clearly present today in the context of the Court Martial. On the other hand, it is not up to this Court to determine whether or not Judge Pelletier erred in *Pett*. The same holds true with respect to Judge Sukstorf who has decided to follow the decision rendered by Judge Pelletier. The CMAC will likely be called on to examine the legality of the general declaration of no force or effect as part of the appeal filed by Master Corporal Pett, and if applicable, in the case of an eventual appeal made by Corporal D'Amico. The fact remains that, at this stage of the case, until a final response is given by the CMAC or another competent tribunal, there is no urgency or reason to undertake multiple proceedings by today obliging the Deputy Chief Military Judge to assign another military judge to preside over the court martial of Colonel Dutil.

[176] In short, for the reasons stated above, in the exercise of its judicial discretion, all of the remedies sought by the applicant are, in any event, disallowed today by this Court in order to ensure the rule of law and to avoid committing a flagrant injustice and to protect the accused from irreparable damage (*Khosa*, at paragraph 36; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paragraphs 37–39).

XI. Conclusion: what is the best path for the future?

[177] We are reaching the end of the current judicial review exercise. The discomfort is palpable. The charge of fraud laid against Colonel Dutil is serious, certainly, but nothing prevents it from being brought before a civilian

pages 286–290). Il suffit par ailleurs de penser aux arrêts *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3 et *R. c. Leblanc*, 2011 CACM 2, qui ont mené respectivement aux réformes législatives de 2008 quant à la capacité de l'accusé de choisir le type de cour martiale et de 2011 quant à l'immovibilité des juges militaires.

[175] La balance des inconvénients favorise donc le maintien du statu quo. Certes, les enjeux d'indépendance judiciaire et institutionnelle soulevés dans les décisions *Pett* et *D'Amico* n'ont pas été spécifiquement considérés par le juge militaire en chef adjoint dans la décision contestée. Cependant, ceux-ci sont de toute évidence présents aujourd'hui dans le cadre de la Cour martiale. D'un autre côté, il n'appartient pas à cette Cour de déterminer si le juge Pelletier s'est ou non trompé dans la décision *Pett*. Il en est de même pour la juge Sukstorf qui a décidé de suivre la décision du juge Pelletier. Vraisemblablement la CACM sera appelée à examiner la légalité de la déclaration générale d'inopérabilité dans le cadre de l'appel logé par le caporal-chef Pett, et le cas échéant, d'un appel éventuel du caporal D'Amico. Il n'empêche, à cette étape du dossier, tant qu'une réponse finale ne sera pas apportée par la CACM ou un autre tribunal compétent, il n'y a aucune urgence, ni raison de multiplier les procédures en forçant aujourd'hui le juge militaire en chef adjoint à désigner un autre juge militaire pour présider la cour martiale du colonel Dutil.

[176] Bref, pour les motifs plus haut, dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, tous les remèdes recherchés par le demandeur sont, en tout état de cause refusés aujourd'hui par cette Cour afin d'assurer la primauté du droit et d'éviter qu'une injustice flagrante soit commise et qu'un tort irréparable soit causé à l'accusé (*Khosa*, au paragraphe 36; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, aux paragraphes 37–39).

XI. Conclusion : quelle est la meilleure voie pour l'avenir?

[177] Nous arrivons au terme du présent exercice de révision judiciaire. Le malaise est palpable. L'accusation de fraude portée contre le colonel Dutil est grave, certes, mais rien n'empêche qu'elle soit portée devant une cour

court. As for the charge of having a personal relationship, a military offence, why was an outside judge not simply assigned?

[178] As the Deputy Chief Military Judge himself raised, there seems to be a legislative gap in the case of conflict of interest at the level of the Office of the Chief Military Judge. However, as we saw earlier, in the case of the prosecutor, the problem was solved easily and quickly by the appointment of a Special Prosecutor, recruited in the reserve force.

[179] In principle, it would always be possible to assign a military judge from the reserve force (see section 165.223 of the NDA). Military judges from the reserve force are former military judges, chairpersons or judge advocates of a Court Martial, or counsel with at least 10 years of practice. If we wish to make an analogy, reserve force military judges are a little bit like deputy judges. They can have other occupations, but they shall not engage in any business or professional activity that is incompatible with the judicial duties that they may be required to perform (section 165.223 of the NDA). They may be assigned as required to preside at a court martial and hold judicial hearings. This constitutes an undeniable asset in the case where military judges from the regular force have a conflict of interest or any other cause of incapacity. The practical difficulty is that the number of former military judges, chairpersons or judge advocates of a Court Martial is necessarily limited. No doubt that is what explains why the reserve force judges panel is still blank after all these years.

[180] In the case of civil courts, legislative provisions will ordinarily provide for the appointment of *ad hoc* judges from outside, whether by the assignment of a judge from another court or a retired judge. Any conflict of interest, real or apparent, is thereby avoided. Any fear of partiality is wiped out at once. Alas, the NDA does not explicitly set out such mechanisms, other than the assignment of a reserve force military judge (section 165.22 of the NDA). And that is what is scandalous.

de justice civile. Quant à l'accusation d'avoir une relation personnelle, une infraction d'ordre militaire, pourquoi n'a-t-on pas, tout simplement, désigné un juge à l'extérieur?

[178] Tel que le juge militaire en chef adjoint l'a lui-même relevé, il semble y avoir une lacune législative dans le cas de conflit d'intérêts au niveau du Cabinet du juge militaire en chef. Pourtant, comme on l'a vu plus tôt, dans le cas du poursuivant, le problème a été réglé facilement et promptement par la nomination d'un procureur spécial, recruté dans la force de réserve.

[179] En principe, il serait toujours possible de désigner un juge militaire de la force de réserve (voir l'article 165.223 de la LDN). Les juges militaires de la force de réserve sont des anciens juges militaires, présidents ou juges-avocats d'une Cour martiale, ou des avocats ayant au moins 10 ans de pratique. Si l'on veut faire une analogie, les juges militaires de la force de réserve sont un peu comme des juges suppléants. Ils peuvent avoir d'autres occupations, mais ils ne peuvent exercer aucune activité commerciale ou professionnelle qui soit incompatibles avec les fonctions judiciaires qu'ils peuvent être appelés à exercer (article 165.223 de la LDN). Ils peuvent être désignés au besoin pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires. Cela constitue un atout indéniable dans le cas où les juges militaires de la force régulière ont un conflit d'intérêt ou une cause quelconque d'incapacité. La difficulté pratique, c'est que le nombre d'anciens juges militaires, présidents ou juges-avocats d'une Cour martiale est forcément restreint. C'est ce qui explique sans doute pourquoi le tableau des juges de la force de réserve est toujours vierge après toutes ces années.

[180] Dans le cas des tribunaux civils, des dispositions législatives vont ordinairement prévoir la nomination de juges *ad hoc* de l'extérieur, que ce soit par la désignation d'un juge d'une autre cour ou d'un juge à la retraite. Tout conflit d'intérêts, réel ou apparent est ainsi évité. Toute crainte de partialité est du coup annihilée. Hélas, la LDN ne prévoit pas explicitement de tels mécanismes, autre que la désignation d'un juge militaire de la force de la réserve (article 165.22 de la LDN). Et, c'est bien là qu'est le scandale.

[181] However, there was a time in the past when superior court judges could preside at Special General Courts Martial (section 155 of the NDA, R.S.C. 1970, c. N-4, amended to section 178 [repealed by S.C. 2008, c. 29, s. 12] of the NDA, R.S.C., 1985, c. N-5, then replaced by military judges by the passing of the *Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35). However, Special General Courts Martial were repealed by the *Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 29. Certainly, it was a question of courts martial limited to cases of Code of Military Discipline offenders who were not military members, but the coexistence of the civil courts system was an integral part of the military justice system.

[182] It must be noted that the assignment of an *ad hoc* judge from a superior court would constitute the best alternative in the circumstances. Amending the current act is a promising avenue, at least on its face.

[183] In the absence of legislative action, in the interval, we must not exclude the possibility of contacting a superior court—including this Court or the Court Martial Appeal Court—so that it assigns a judge from its jurisdiction to preside at the trial of Colonel Dutil. Because any superior court has residual inherent jurisdiction to assist the lower courts when required. Thus, in the past the unusual nature of a situation has not prevented superior courts from taking the measures required to contribute to the proper administration of justice, to ensure the maintenance of the rule of law and to prevent flagrant injustices from being committed (*R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at paragraphs 24 et seq; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; see also Bora Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* [London: Stevens, 1969], cited with approval; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, 1998 CanLII 818, at paragraph 29; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57, at paragraphs 29–33; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3

[181] Pourtant, il fut bien une époque, révolue, où des juges d'une cour supérieure pouvaient présider des cours martiales générales spéciales (article 155 de la LDN, S.R.C. 1970, ch. N-4, modifié en l'article 178 [abrogé par L.C. 2008, ch. 19, art. 12] de la LDN, L.R.C. (1985), ch. N-5, puis remplacés par les juges militaires par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35). Or, les cours martiales générales spéciales ont été abrogées par la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 29. Certes, il s'agissait de cours martiales limitées aux cas de justiciables du Code de discipline militaire qui n'étaient pas des militaires, mais la coexistence du système des tribunaux civils faisait partie intégrante du système de justice militaire.

[182] Force est de constater que la désignation d'un juge *ad hoc* d'une cour supérieure constituerait la meilleure alternative dans les circonstances. Amender la loi actuelle : c'est là une avenue prometteuse, à première vue du moins.

[183] À défaut d'action législative, dans l'intervalle, il ne faudrait pas non plus écarter la possibilité de s'adresser à une cour supérieure — incluant la présente Cour ou la Cour d'appel de la cour martiale — pour que celle-ci désigne un juge de sa juridiction pour présider le procès du colonel Dutil. Car toute cour supérieure possède une compétence inhérente résiduelle pour assister les tribunaux inférieurs en cas de besoin. Ainsi, le caractère inédit d'une situation n'a pas empêché par le passé les cours supérieures de prendre les mesures qui s'imposaient pour contribuer à la bonne administration de la justice, pour assurer le maintien de la primauté du droit et prévenir que des injustices flagrantes ne soient commises (*R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, aux paragraphes 24 et suivants; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; voir aussi Bora Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* [London : Stevens, 1969], cité avec approbation; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818, au paragraphe 29; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57, aux paragraphes 29–33; *Trial Lawyers*

S.C.R. 31, at paragraph 39). Without offering a final answer on this subject, it is another avenue to explore.

[184] To conclude, today we cannot have the accused bear the burden of what seems to be, unfortunately, the result of an absence of legislative or governmental lucidity. Public trust in the military justice system must be preserved. It is a key factor that we cannot appear to ignore when there is a risk of conflict of interest, apparent or real, which could shake the public trust in the administration of military justice. Justice is not a Pandora's box that can be opened as desired to see what is hiding in it, nor a game of chance where the accused must play Russian roulette with the prosecution. We are speaking of the career, the reputation, the freedom and the life in the future of an individual. There must exist a reasonable degree of probability that Colonel Dutil can benefit, in fact and in appearance, from a fair and equitable trial before the Court Martial. It is clearly not the case today. It is now up to the applicant and the military authorities concerned, including the Judge Advocate General, the defence staff and the Minister, to take note of these reasons, and, where applicable, to do what must be done in the circumstances.

[185] This application for judicial review is dismissed without costs.

JUDGMENT in T-1151-19

THE COURT ORDERS that this application for judicial review is dismissed without costs.

Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, au paragraphe 39). Sans offrir de réponse finale à ce sujet, il s'agit d'une autre avenue à explorer.

[184] Pour conclure, on ne saurait aujourd'hui faire porter le fardeau à l'accusé de ce qui semble être, malheureusement, la résultante d'une absence de lucidité législative ou gouvernementale. Il faut préserver la confiance du public dans l'appareil de justice militaire. C'est un facteur clé qu'on ne saurait faire mine d'ignorer lorsqu'il y a un risque de conflit d'intérêts, apparent ou réel, qui pourrait ébranler la confiance du public envers l'administration de la justice militaire. La justice n'est pas une boîte de pandore qu'on peut ouvrir à souhait pour voir ce qui s'y cache, ni un jeu de hasard où l'accusé doit jouer à la roulette russe avec la poursuite. On parle de la carrière, de la réputation, de la liberté et de la vie future d'un individu. Il doit donc exister un degré raisonnable de probabilités que le colonel Dutil puisse bénéficier, en fait et en apparence, d'un procès juste et équitable devant la Cour martiale. Ce n'est manifestement pas le cas aujourd'hui. Il appartient maintenant au demandeur et aux autorités militaires concernées, incluant le juge-avocat général, l'état-major de la défense et le ministre, de prendre acte des présents motifs, et le cas échéant, de faire ce qui se doit dans les circonstances.

[185] La présente demande en contrôle judiciaire est rejetée sans frais.

JUGEMENT au dossier T-1151-19

LA COUR STATUE que la présente demande en contrôle judiciaire est rejetée sans frais.

A-321-18
2020 FCA 79

A-321-18
2020 CAF 79

Loblaw Financial Holdings Inc. (Appellant)

Loblaw Financial Holdings Inc. (appelante)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Respondent)

Sa Majesté la Reine (intimée)

INDEXED AS: LOBLAW FINANCIAL HOLDINGS INC. v. CANADA

RÉPERTORIÉ : LOBLAW FINANCIAL HOLDINGS INC. c. CANADA

Federal Court of Appeal, Woods, Laskin and Mactavish JJ.A.—Toronto, October 15, 2019; Ottawa, April 23, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Woods, Laskin et Mactavish, J.C.A.—Toronto, 15 octobre 2019; Ottawa, 23 avril 2020.

Income Tax — Income Calculation — Foreign accrual property income — Appeal from Tax Court of Canada decision upholding Minister of National Revenue's determination that income from appellant's Barbados subsidiary, Glenhuron Bank Limited, foreign accrual property income (FAPI), appellant required to pay tax thereon — Glenhuron licensed as offshore bank under Barbados banking legislation — During taxation years at issue, Glenhuron's funding increasing mainly through its own retained earnings — FAPI scheme requiring that passive income earned by Canadians in foreign corporation be included in Canadian shareholder's income — Definition of "investment business" in Income Tax Act (ITA), s. 95(1) central to present appeal, setting out specific exclusions — One condition having to be satisfied in order to qualify for exclusion is arm's length requirement — Tax Court finding, inter alia, Glenhuron principally conducting business with non-arm's length persons — Consequently, its income was from investment business, required to be included in appellant's income as FAPI — Tax Court determining that proper interpretation of arm's length test in banking context requiring examination of bank's activities from perspective of receipt, use of funds — Also concluding that all persons with whom Glenhuron conducted business should be taken into account — Whether Tax Court erring in concluding that Glenhuron not conducting business principally with arm's length persons — Tax Court erring on arm's length issue — Particular question to be determined was who did Glenhuron principally conduct business with — Receipts, uses not always necessary requirement to carry on banking business — Use of term "bank" in entity name, whether entity regulated, factors to be considered rather than actual activities conducted — Tax Court's approach at odds with Supreme Court decision in Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Saskatchewan et al. — Arm's length test not requiring both business receipts, uses — Receipt side of business not implying element of competition, necessity for business receipts

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu étranger accumulé, tiré de biens — Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a confirmé la conclusion du ministre du Revenu national selon laquelle le revenu de la filiale de l'appelante à la Barbade, Glenhuron Bank Limited, était un revenu étranger accumulé, tiré de biens (REATB), et l'appelante était tenue de payer de l'impôt sur celui-ci — Glenhuron a obtenu une licence en tant que banque extraterritoriale en application de la législation bancaire de la Barbade — Au cours des années d'imposition en cause, le financement de Glenhuron a augmenté principalement grâce à ses propres bénéfices non distribués — Le régime du REATB exige que le revenu passif des Canadiens tiré d'une société étrangère soit inclus dans le revenu de l'actionnaire canadien — La définition d'« entreprise de placement » à l'art. 95(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR), qui énonce des exclusions précises, était au cœur du présent appel — L'une des conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de l'une des exclusions est l'exigence d'une relation entre personnes sans lien de dépendance — La Cour de l'impôt a conclu entre autres choses que Glenhuron assurait la conduite de son entreprise principalement avec des personnes ayant un lien de dépendance avec elle — Par conséquent, ses revenus provenaient d'une entreprise de placement et devaient être inclus dans le revenu de l'appelante en tant que REATB — La Cour de l'impôt a conclu qu'une interprétation correcte du critère de l'absence d'un lien de dépendance dans un contexte bancaire exige que l'on examine les activités de la banque sous l'angle à la fois de la réception et de l'utilisation de fonds — Elle a également conclu que toutes les personnes avec lesquelles Glenhuron a mené une entreprise devaient être prises en compte — La question à trancher était de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que Glenhuron n'a pas mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle — La conclusion de la Cour de l'impôt sur la question de l'absence de lien de dépendance contenait

not meaning that exclusion not applying if business simply managing its own funds — Tax Court inferring purposive interpretation from unexpressed legislative intent — Emphasis on unexpressed intention of competition not appropriate here as FAPI scheme drafted with mind-numbing detail — Tax Court conflating rationale of legislation for purposes of general anti-avoidance rule analysis with purpose of legislation in statutory interpretation analysis — Parliament not explicitly requiring competition as element of foreign bank exclusion at issue — Tax Court not respecting principle that corporation, shareholders separate, distinct entities — Glenhuron's FAPI limited to its income in relation to investment management services provided to non-arm's length persons — Parliament not intending that foreign bank exclusion should be denied as result of support, oversight provided by parent corporation — Capital invested by appellant's group not occupying time, attention of Glenhuron in any meaningful way — This approach consistent with long-standing case law — Reassessments referred back to Minister for reconsideration — Appeal allowed.

des erreurs — La question particulière à trancher était de savoir avec qui Glenhuron menait principalement la conduite de son entreprise — La réception et l'utilisation de fonds ne constituent pas dans tous les cas une exigence nécessaire à l'exploitation d'une entreprise bancaire — L'utilisation du terme « banque » figurant dans le nom de l'entité et le fait qu'elle soit réglementée ou non sont les facteurs à prendre en considération, plutôt que les activités réelles qui sont menées — L'approche de la Cour de l'impôt allait à l'encontre de celle adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt Canadian Pioneer Management Ltd. et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres — Le critère de l'absence d'un lien de dépendance ne requerrait pas à la fois la réception et l'utilisation de fonds d'une entreprise — La réception de fonds de l'entreprise n'implique pas un élément de concurrence et la nécessité de la réception de fonds d'une entreprise ne signifie pas que l'exclusion ne s'applique pas si une entreprise gère simplement ses propres fonds — La Cour de l'impôt a déduit une interprétation téléologique d'une intention législative non exprimée — L'accent mis sur une intention non explicite de concurrence ne convenait pas en l'espèce, où il était question d'un régime du REATB élaboré minutieusement — La Cour de l'impôt a confondu la justification de la loi aux fins d'une analyse de la règle générale anti-évitement avec l'objectif de la loi dans le contexte d'une analyse de l'interprétation législative — Le législateur n'a pas explicitement exigé que la concurrence soit un élément de l'exclusion en cause accordée aux banques étrangères — La Cour de l'impôt n'a pas respecté le principe selon lequel une société et ses actionnaires sont des entités distinctes — Le REATB de Glenhuron était limité à son revenu lié aux services de gestion des placements fournis à des personnes ayant un lien de dépendance avec elle — Le législateur n'avait pas l'intention de refuser à une filiale l'exclusion accordée aux banques étrangères en raison du soutien et de la surveillance assurés par sa société mère — Le capital investi par le groupe de l'appelante n'occupait pas le temps et l'attention de Glenhuron de manière significative — Cette approche est conforme à une jurisprudence de longue date — Les nouvelles cotisations ont été renvoyées au ministre en vue d'un réexamen — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada (Tax Court) upholding the Minister of National Revenue's determination that the income from the appellant's Barbados subsidiary, Glenhuron Bank Limited (Glenhuron), was foreign accrual property income (FAPI) and ordering that the relevant taxation years be reassessed only with respect to foreign exchange.

The appeal concerned whether the FAPI provisions in the *Income Tax Act* (ITA) applied to the appellant in relation to Glenhuron. The Minister issued reassessments for the 2001 to 2005, 2008 and 2010 taxation years requiring the

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (la Cour de l'impôt) a confirmé la conclusion du ministre du Revenu national selon laquelle le revenu de la filiale de l'appelante à la Barbade, Glenhuron Bank Limited (Glenhuron), était un revenu étranger accumulé, tiré de biens (REATB) et a ordonné que de nouvelles cotisations soient établies pour les années d'imposition en cause, et ce, uniquement en ce qui concerne les opérations de change.

L'appel portait sur la question de savoir si les dispositions relatives au REATB de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) s'appliquaient à l'appelante en ce qui concerne Glenhuron. Le ministre a établi de nouvelles cotisations pour les années

appellant, a Canadian corporation, to pay tax on Glenhuron's income on the basis that it was FAPI. By way of background, the appellant obtained a licence for Glenhuron as an off-shore bank under Barbados banking legislation pursuant to the Barbados' *Off-shore Banking Act* (OSBA), later replaced by the *International Financial Services Act* (IFSA). When Glenhuron became licensed, it was permitted to use the term "bank" in its name. Under the IFSA (and similarly under the OSBA), Glenhuron engaged in several types of financial activities such as interest rate and cross-currency swaps, the purchase of a portfolio of loans, and managing investments on behalf of other corporations in the appellant's groups. Prior to the taxation years at issue, Glenhuron's major source of funding was capital invested by corporations in the appellant's group (either as share capital or interest-free debt). During the taxation years at issue, Glenhuron's funding increased mainly through its own retained earnings, which were substantial. The FAPI scheme is intended to prevent Canadians from avoiding tax on passive income by earning such income in foreign corporations located in low-tax jurisdictions. The scheme requires the foreign corporation's passive income to be included in the Canadian shareholder's income as it is earned.

The definition of "investment business" in subsection 95(1) of the ITA was central to this appeal. It sets out specific exclusions for particular types of businesses. One of the conditions that must be satisfied in order to qualify for one of the exclusions is an arm's length requirement set out in paragraph (a) of the definition of "investment business". The Tax Court found, *inter alia*, that Glenhuron was principally conducting business with non-arm's length persons and, consequently, its income was from an investment business and was required to be included in the appellant's income as FAPI. The Tax Court determined that a proper interpretation of the arm's length test in a banking context requires one to examine the bank's activities from the perspective of both the receipt and use of funds. It concluded that competition is not a requirement of the arm's length test, but it is relevant to the analysis. It also concluded that all persons with whom Glenhuron conducted business should be taken into account. The appellant submitted, *inter alia*, that a proper interpretation of the arm's length test frames the issue as whether the foreign bank generated income by investing in, or with, arm's length persons. This follows, the appellant suggested, by the definition of "investment business" which focuses on income from investments.

d'imposition 2001 à 2005, 2008 et 2010 obligeant l'appelante, une société canadienne, à payer de l'impôt sur le revenu de Glenhuron au motif qu'il s'agissait d'un REATB. À titre d'information, l'appelante a obtenu une licence pour Glenhuron en tant que banque extraterritoriale en application de la législation bancaire de la Barbade sous le régime de la *Off-shore Banking Act* (OSBA), remplacée ensuite par la *International Financial Services Act* (IFSA). Lorsque Glenhuron a obtenu sa licence, elle a été autorisée à utiliser le terme « banque » dans sa dénomination. Aux termes de la IFSA (et, de même, de la OSBA), Glenhuron s'est engagée dans plusieurs types d'activités financières tels des swaps de taux d'intérêt et des swaps de devises, l'achat d'un portefeuille de prêts et la gestion de placements pour le compte d'autres sociétés des groupes de l'appelante. Avant les années d'imposition en cause, la principale source de financement de Glenhuron était le capital investi par les sociétés du groupe de l'appelante (sous forme de capital social ou de dette sans intérêt). Au cours des années d'imposition en cause, le financement de Glenhuron a augmenté principalement grâce à ses propres bénéfices non distribués, qui étaient substantiels. Le régime du REATB vise à empêcher les Canadiens d'éviter l'impôt sur le revenu passif en gagnant ce revenu de sociétés étrangères sises dans des pays à faible taux d'imposition. Le régime vise à atteindre ce résultat en exigeant que le revenu passif de la société étrangère soit inclus dans le revenu de l'actionnaire canadien au fur et à mesure qu'il est gagné.

La définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) de la LIR était au cœur du présent appel. Elle énonce des exclusions précises accordées à des types d'entreprises particuliers. L'une des conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de l'une des exclusions est l'exigence d'une relation entre personnes sans lien de dépendance énoncée à l'alinéa a) de la définition d'une « entreprise de placement ». La Cour de l'impôt a conclu entre autres choses que Glenhuron assurait la conduite de son entreprise principalement avec des personnes ayant un lien de dépendance avec elle et, par conséquent, les revenus de Glenhuron provenaient d'une entreprise de placement et devaient être inclus dans le revenu de l'appelante en tant que REATB. La Cour de l'impôt a conclu qu'une interprétation correcte du critère de l'absence d'un lien de dépendance dans un contexte bancaire exige que l'on examine les activités de la banque sous l'angle à la fois de la réception et de l'utilisation de fonds. Elle a conclu que la concurrence n'est pas une exigence du critère d'une relation entre personnes sans lien de dépendance, mais qu'elle est pertinente pour l'analyse. Elle a également conclu que toutes les personnes avec lesquelles Glenhuron a mené une entreprise devaient être prises en compte. L'appelante a soutenu notamment qu'une interprétation correcte du critère d'une relation entre personnes sans lien de dépendance permet de déterminer si la banque étrangère a généré des revenus en investissant dans ou avec des personnes sans lien de dépendance avec elle. Cela découle, l'appelante a-t-elle soutenu, de la définition de l'« entreprise

At issue was whether the Tax Court erred in concluding that Glenhuron did not conduct business principally with arm's length persons for purposes of the definition of "investment business" in subsection 95(1) of the ITA.

Held, the appeal should be allowed.

The Tax Court's conclusion on the arm's length issue was built on an interpretation of the applicable legislation that significantly overreached and contained errors of law. The term "investment business" requires that, to be eligible for the exclusions described in paragraphs 95(1)(a), (b) and (c), the business must be "other than any business conducted principally with persons with whom the affiliate does not deal at arm's length." The particular question to be determined in the appeal was with who did Glenhuron principally conduct business. One error concerned how the arm's length test is to be interpreted in the specific context of foreign banks. Simply because Barbados legislation defines international banking in a particular manner does not mean that receipts and uses are always a necessary requirement to carry on a banking business. The use of the term "bank" in the name of the entity, and whether it is regulated, are factors to be considered, rather than the actual activities that are conducted. The Tax Court's approach was at odds with the Supreme Court decision in *Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Saskatchewan et al.*, which details that a formal, institutional approach should be taken to define a banking business. Using this approach, there was no reasonable basis to conclude that the arm's length test required both business receipts and uses. Since the term "banking" depends on formal factors rather than functions, it was a legal error for the Tax Court to infer that the receipt side of the business implies an element of competition and that the necessity for business receipts means that the exclusion does not apply if a business simply manages its own funds. The Tax Court's focus on competition was an example of a court inferring a purposive interpretation from unexpressed legislative intent. This was also a legal error. The emphasis in the Tax Court's reasons on an unexpressed intention of competition was not appropriate in this case which involved a FAPI scheme that was drafted with mind-numbing detail. The Tax Court also erred by conflating the rationale of the legislation for purposes of a general anti-avoidance rule analysis with the purpose of the legislation in a statutory interpretation analysis. Parliament has not explicitly required competition as an element of the foreign bank exclusion at issue. The Tax Court also erred in not respecting the fundamental principle that a corporation and its shareholders are separate and distinct entities. It determined that Glenhuron's activities involving the purchase of short-term debt securities and its swap transactions were conducted

de placement » qui se concentre sur les revenus provenant de placements.

La question à trancher était de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que Glenhuron n'a pas mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle aux fins de la définition d'« entreprise de placement » donnée au paragraphe 95(1) de la LIR.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La conclusion de la Cour de l'impôt sur la question de l'absence de lien de dépendance était fondée sur une interprétation beaucoup trop large de la loi applicable et contenait des erreurs de droit. L'expression « entreprise de placement » exige que, pour être admissible aux exclusions définies aux alinéas 95(1)(a), (b) et (c), l'entreprise doit être une entreprise autre que « celle menée principalement avec des personnes avec lesquelles la société affiliée a un lien de dépendance ». La question particulière à trancher dans le présent appel était de savoir avec qui Glenhuron menait principalement la conduite de son entreprise. Une erreur concernait la manière dont le critère de l'absence de lien de dépendance doit être interprété dans le contexte précis des banques étrangères. Ce n'est pas parce que les lois de la Barbade définissent les opérations bancaires internationales d'une manière particulière que la réception et l'utilisation de fonds sont toujours une condition nécessaire à l'exercice d'une activité bancaire. L'utilisation du terme « banque » figurant dans le nom de l'entité et le fait qu'elle soit réglementée ou non sont les facteurs à prendre en considération, plutôt que les activités réelles qui sont menées. L'approche de la Cour de l'impôt allait à l'encontre de celle adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Canadian Pioneer Management Ltd. et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, qui précise qu'une approche formelle et institutionnelle doit être adoptée pour définir une activité bancaire. En utilisant cette approche, il n'y avait pas de base raisonnable pour conclure que le critère de l'absence d'un lien de dépendance requerrait à la fois la réception et l'utilisation de fonds d'une entreprise. Étant donné que le terme « banque » dépend de facteurs formels plutôt que de fonctions, la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en partant du principe que la réception de fonds de l'entreprise implique un élément de concurrence et que la nécessité de la réception de fonds d'une entreprise signifie que l'exclusion ne s'applique pas si une entreprise gère simplement ses propres fonds. En concentrant son analyse sur la concurrence, la Cour de l'impôt a déduit une interprétation téléologique d'une intention législative non exprimée. Il s'agissait également d'une erreur de droit. L'accent mis dans les motifs de la Cour de l'impôt sur une intention non explicite de concurrence ne convenait pas en l'espèce, où il était question d'un régime du REATB élaboré minutieusement. La Cour de l'impôt a également commis une erreur en confondant la justification de la loi aux fins d'une analyse de la règle générale anti-évitement

with the appellant and that Glenhuron was acting on its behalf. However, Glenhuron was not managing Loblaw's money but its own.

Glenhuron's FAPI was limited to its income in relation to investment management services provided to non-arm's length persons. Glenhuron principally conducted business with persons with whom it entered into contracts with respect to short-term debt securities and swap transactions. It dealt with all such persons on an arm's length basis. The FAPI regime as a whole, and the foreign bank exclusion in particular, is intended to encourage Canadians to carry on active businesses outside Canada. Parliament could not have intended that the foreign bank exclusion should be denied as a result of support and oversight provided by a parent corporation. The legislative intent would be frustrated if these interactions with the appellant were to be given significant weight. For purposes of the ITA, the term "business" generally means "anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit". Applying the meaning of "business," there was no reason to conclude that the capital invested by the appellant's group would have occupied the time and attention of Glenhuron in any meaningful way. This approach is consistent with long-standing case law that draws a distinction between "capital to enable [people] to conduct their enterprises" and "the activities by which they earn their income".

The reassessments were referred back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that Glenhuron's FAPI consisted only of income from investment management services provided to non-arm's length parties.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 91(1), 95(1) "foreign bank", "investment business", (2)(b),(2.4),(2.11), 248(1) "business".
International Financial Services Act, Cap. 325, s. 4(2) (Barbados).
Off-shore Banking Act, Cap. 325 (Barbados).

avec l'objectif de la loi dans le contexte d'une analyse de l'interprétation législative. Le législateur n'a pas explicitement exigé que la concurrence soit un élément de l'exclusion en cause accordée aux banques étrangères. La Cour de l'impôt a également commis une erreur en ne respectant pas le principe fondamental selon lequel une société et ses actionnaires sont des entités distinctes. Elle a décidé que Glenhuron avait mené avec l'appelante ses activités d'achat de titres de créance à court terme et ses opérations de swap et que Glenhuron agissait au nom de l'appelante. Or, Glenhuron ne gérait que son propre argent, et non celui de Loblaw.

Le REATB de Glenhuron était limité à son revenu lié aux services de gestion des placements fournis à des personnes ayant un lien de dépendance avec elle. Glenhuron a principalement mené une entreprise avec des personnes avec lesquelles elle a conclu des contrats concernant des titres de créance à court terme et des opérations de swap. Glenhuron n'avait pas de lien de dépendance avec aucune de ces personnes. Le régime du REATB dans son ensemble, et l'exclusion accordée aux banques étrangères en particulier, vise à encourager les Canadiens à mener une entreprise exploitée activement à l'étranger. Il est impossible que le législateur ait eu l'intention de refuser à une filiale l'exclusion accordée aux banques étrangères en raison du soutien et de la surveillance assurés par sa société mère. L'intention législative serait frustrée si l'on accordait un poids significatif à ces interactions avec l'appelante. Aux fins de la LIR, le terme « entreprise » signifie généralement « quelque chose qui occupe le temps, l'attention et le travail d'un homme dans un but de réaliser un profit ». Si l'on applique le sens du terme « entreprise », il n'y a aucune raison de conclure que le capital investi par le groupe de l'appelante aurait occupé le temps et l'attention de Glenhuron de manière significative. Cette approche est conforme à une jurisprudence de longue date qui établit une distinction entre « le capital destiné à permettre aux [personnes] de diriger leurs entreprises » et « les activités par lesquelles elles gagnent leurs revenus ».

Les nouvelles cotisations ont été renvoyées au ministre en vue d'un réexamen et de l'établissement de nouvelles cotisations au motif que le REATB de Glenhuron ne consistait qu'en un revenu provenant de services de gestion des placements fournis à des parties ayant un lien de dépendance avec elle.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 91(1), 95(1) « banque étrangère », « entreprise de placement », (2)b,(2.4),(2.11), 248(1) « entreprise ».
International Financial Services Act, ch. 325, art. 4(2) (Barbade).
Off-shore Banking Act, ch. 325 (Barbade).

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Saskatchewan et al.*, [1980] 1 S.C.R. 433, (1980), 107 D.L.R. (3d) 1; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.).

CONSIDERED:

Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue, [1949] S.C.R. 287, [1948] 4 D.L.R. 817.

REFERRED TO:

Loblaw Financial Holdings Inc. v. The Queen, 2018 TCC 263; *Canada v. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 FCA 30, [2018] 4 F.C.R. 3, [2018] 6 C.T.C. 1; *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69; *Montreal Coke and Mfg. Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1944] 3 D.L.R. 545, [1944] A.C. 126 (P.C.).

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2018 TCC 182) upholding the Minister of National Revenue's determination that the income from the appellant's Barbados subsidiary was foreign accrual property income and ordering that the relevant taxation years be reassessed only with respect to foreign exchange. Appeal allowed.

APPEARANCES

Al Meghji, Mary Paterson, Pooja Mihailovich and Robert Raizenne for appellant.
Elizabeth Chasson, Aleksandrs Zemdegis, Laurent Bartleman, Cherylyn Dickson and Isida Ranxi for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Canadian Pioneer Management Ltd. et al. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, [1980] 1 R.C.S. 433; *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE :

Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue, [1949] R.C.S. 287.

DÉCISIONS CITÉES :

Loblaw Financial Holdings Inc. c. La Reine, 2018 CCI 263; *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3; *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69; *Montreal Coke and Mfg. Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1944] 3 D.L.R. 545, [1944] A.C. 126 (P.C.).

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2018 CCI 182), qui a confirmé la conclusion du ministre du Revenu national selon laquelle le revenu de la filiale de l'appelante à la Barbade était un revenu étranger accumulé, tiré de biens et a ordonné que de nouvelles cotisations soient établies pour les années d'imposition en cause, et ce, uniquement en ce qui concerne les opérations de change. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Al Meghji, Mary Paterson, Pooja Mihailovich et Robert Raizenne pour l'appelante.
Elizabeth Chasson, Aleksandrs Zemdegis, Laurent Bartleman, Cherylyn Dickson et Isida Ranxi pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour l'appelante.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] WOODS J.A.: This appeal concerns whether the foreign accrual property income (FAPI) provisions in the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1. (ITA) apply to Loblaw Financial Holdings Inc. in relation to its Barbados subsidiary, Glenhuron Bank Limited.

[2] The Minister of National Revenue issued reassessments to Loblaw Financial which required it to pay tax on Glenhuron's income on the basis that it was FAPI. In doing so, the Minister took the view that Glenhuron's income did not qualify for an exclusion provided to foreign banks. Loblaw Financial appealed from the reassessments to the Tax Court.

[3] In a decision reported as 2018 TCC 182, the Tax Court agreed with the Minister that the foreign bank exclusion did not apply. The basis for the Court's conclusion was that Glenhuron conducted business principally with affiliated corporations and therefore it did not conduct business principally with arm's length persons, as required by the applicable legislation.

[4] Loblaw Financial has appealed further to this Court. The appeal relates to Loblaw Financial's taxation years from 2001 to 2005, 2008 and 2010.

Factual background

[5] The background facts are helpfully set out in detail in the Tax Court's reasons. It is sufficient for purposes of this appeal to provide a brief overview.

[6] Loblaw Financial is a Canadian corporation and an indirect wholly owned subsidiary of Loblaw Companies Limited (Loblaw). Loblaw is a Canadian public corporation which is controlled by George Weston Limited (Weston). Accordingly, Loblaw and Weston, as well as their subsidiaries, deal with one another on a non-arm's length basis.

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

[1] LA JUGE WOODS, J.C.A. : Le présent appel porte sur la question de savoir si les dispositions relatives au revenu étranger accumulé tiré de biens (REATB) de la *Loi sur l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 [LIR] s'appliquent à Loblaw Financial Holdings Inc. en ce qui concerne sa filiale à la Barbade, Glenhuron Bank Limited.

[2] Le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations pour Loblaw Financial qui ont obligé cette dernière à payer de l'impôt sur le revenu de Glenhuron au motif qu'il s'agissait d'un REATB. Ce faisant, le ministre a estimé que le revenu de Glenhuron ne pouvait pas bénéficier d'une exclusion accordée aux banques étrangères. Loblaw Financial a porté ces nouvelles cotisations en appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt.

[3] Dans une décision publiée sous la référence 2018 CCI 182, la Cour canadienne de l'impôt a convenu avec le ministre que l'exclusion accordée aux banques étrangères ne s'appliquait pas. La conclusion de la Cour se fondait sur le fait que Glenhuron avait principalement mené une entreprise avec des sociétés affiliées et qu'elle n'avait donc pas mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle, comme l'exige la loi applicable.

[4] Loblaw Financial a introduit un appel devant notre Cour. L'appel porte sur les années d'imposition 2001 à 2005, 2008 et 2010 de Loblaw Financial.

Contexte factuel

[5] Les faits de l'affaire sont utilement exposés en détail dans les motifs de la Cour canadienne de l'impôt. Il suffit, aux fins du présent appel, de donner un aperçu.

[6] Loblaw Financial est une société canadienne et une filiale indirecte en propriété exclusive de Loblaw Companies Limited (Loblaw). Loblaw est une société publique canadienne qui est contrôlée par George Weston Limited (Weston). Par conséquent, Loblaw et Weston, ainsi que leurs filiales, ont un lien de dépendance entre elles.

[7] In the early 1990s, Loblaw Financial became concerned about proposed tax changes that could negatively impact its financing subsidiary in the Netherlands. It decided to incorporate a new subsidiary in Barbados.

[8] In 1993, Loblaw Financial approached the Central Bank of Barbados about licensing its Barbados subsidiary as an offshore bank under Barbados banking legislation. The Central Bank agreed to issue the licence and did so late in 1993 pursuant to the *Off-shore Banking Act*, Cap. 325 [Barbados] (OSBA). In 2002, the OSBA was replaced by the *International Financial Services Act*, Cap. 325 [Barbados] (IFSA) and the subsidiary became subject to the IFSA at that time.

[9] When the subsidiary became licensed, it was permitted to use the term “bank” in its name and the name was changed to Glenhuron Bank Limited.

[10] In accordance with Barbados legislation, Glenhuron was a bank and subject to Barbados banking regulations if the Central Bank of Barbados issued it a licence under the OSBA or the IFSA. Accordingly, once the licence was issued the Central Bank began to regulate Glenhuron’s activities.

[11] Over time, capital was invested in Glenhuron by the Loblaw group, including by Loblaw Financial’s Netherlands subsidiary. For the most part, these funds were invested prior to the taxation years at issue.

[12] Under the IFSA (and similarly under the OSBA), Glenhuron’s activities were limited to activities described in the definition of “international banking business”. It is reproduced below:

[7] Au début des années 1990, Loblaw Financial s’est inquiétée de modifications fiscales proposées susceptibles d’avoir une incidence négative sur sa filiale de financement aux Pays-Bas. Elle a décidé de créer une nouvelle filiale à la Barbade.

[8] En 1993, Loblaw Financial s’est adressée à la Banque centrale de la Barbade pour que sa filiale de la Barbade obtienne une licence en tant que banque extraterritoriale en application de la législation bancaire de la Barbade. La Banque centrale a accepté de délivrer la licence, ce qu’elle a fait à la fin de 1993 en application de la *Off-shore Banking Act*, ch. 325 [Barbade] (OSBA) ([TRANSDUCTION] *Loi sur les services bancaires extraterritoriaux*). En 2002, la OSBA a été remplacée par la *International Financial Services Act*, ch. 325 [Barbade] (IFSA) ([TRANSDUCTION] *Loi sur les services financiers internationaux*) et la filiale est alors devenue assujettie à la IFSA.

[9] Lorsque la filiale a obtenu sa licence, elle a été autorisée à utiliser le terme « banque » dans sa dénomination, qui est devenue la Glenhuron Bank Limited.

[10] Conformément à la législation de la Barbade, Glenhuron était une banque et était soumise à la réglementation bancaire de la Barbade si la Banque centrale de la Barbade lui délivrait une licence en application de la OSBA ou de la IFSA. En conséquence, une fois la licence délivrée, la Banque centrale a commencé à réglementer les activités de Glenhuron.

[11] Au fil du temps, des capitaux ont été investis dans Glenhuron par le groupe Loblaw, y compris par la filiale néerlandaise de Loblaw Financial. La plupart de ces fonds ont été investis avant les années d’imposition en cause.

[12] Aux termes de la IFSA (et, de même, de la OSBA), les activités de Glenhuron étaient limitées à celles exposées dans la définition des [TRANSDUCTION] « activités bancaires internationales ». Cette définition est reproduite ici :

IFSA subsection 4(2)

4. (1) ...

(2) For the purposes of subsection (1), “international banking business” means

- (a) the business of receiving foreign funds through
- (i) the acceptance of foreign money deposits payable upon demand or after a fixed period or after notice;
 - (ii) the sale or placement of foreign bonds, foreign certificates, foreign notes or other foreign debt obligations or other foreign securities; or
 - (iii) any other similar activity involving foreign money or foreign securities;
- (b) the business of using the foreign funds so acquired, either in whole or in part, for
- (i) loans, advances and investments;
 - (ii) the activities of the licensee for the account of or at the risk of the licensee;
 - (iii) the purchase or placement of foreign bonds, foreign certificates, notes or other foreign debt obligations or other foreign securities; or
 - (iv) any other similar activity involving foreign money or foreign securities; or
- (c) the business of accepting in trust from persons resident outside Barbados or from prescribed persons
- (i) amounts of money in foreign currencies or in foreign securities or both;
 - (ii) foreign personal property or foreign movable property; or
 - (iii) foreign real property or foreign immovable property.

Paragraphe 4(2) de la IFSA

[TRANSLATION]

4. (1) [...]

(2) Au sens du paragraphe (1), les « activités bancaires internationales » désignent

- a) les activités de réception de fonds étrangers par les moyens suivants :
- (i) la réception de fonds étrangers versés et remboursables sur demande ou après un délai déterminé ou sur préavis;
 - (ii) la vente ou le placement d'obligations étrangères, de certificats étrangers, de devises étrangères ou d'autres dettes ou d'autres titres étrangers;
 - (iii) toute autre activité similaire visant des fonds ou des titres étrangers;
- b) les activités d'utilisation des fonds étrangers ainsi obtenus, en tout ou en partie pour
- (i) des prêts, des avances et des placements;
 - (ii) les activités du licencié pour le compte du licencié ou aux risques de celui-ci;
 - (iii) l'achat ou le placement d'obligations étrangères, de certificats étrangers, de devises ou d'autres titres de dette ou d'autres titres étrangers;
 - (iv) toute autre activité similaire visant des fonds ou des titres étrangers;
- c) les activités de réception en fiducie, provenant de personnes résidant hors de la Barbade ou de personnes désignées,
- (i) de montants d'argent en devises étrangères ou en titres étrangers ou les deux;
 - (ii) de biens personnels étrangers ou de biens meubles étrangers;
 - (iii) de biens immobiliers étrangers ou de biens immeubles étrangers.

[13] According to expert evidence of Barbados law introduced by Loblaw Financial, the Barbados legislation required Glenhuron to satisfy both the receipt and use requirements as set out above. The expert also opined that Glenhuron satisfied these requirements. I note that the assumptions provided by Loblaw Financial on which the expert based her opinion did not include an assumption that Glenhuron's receipts were part of its business. Accordingly, this finding was part of the expert's opinion.

[14] Glenhuron remained in existence until 2013 when it was liquidated to provide Loblaw with funds for a major acquisition.

Glenhuron's activities

[15] The activities undertaken by Glenhuron are central to this appeal, and the Tax Court's reasons describe these activities in detail. In light of this, it is necessary to provide only a brief summary.

[16] During the years at issue, Glenhuron engaged in several types of financial activities:

- it purchased low risk U.S. denominated short-term debt securities;
- it entered into interest rate swaps which were generally intended to provide Glenhuron with a rate of return equivalent to a fixed rate on a long-term borrowing;
- it entered into cross-currency swaps so that Glenhuron was not exposed to fluctuations in currency relative to the Canadian dollar;
- it entered into an arrangement with the Weston group to purchase a portfolio of loans that had been extended by arm's length banks to independent drivers of Weston bakery products in the United States. Glenhuron subsequently made additional loans to the drivers. A few years later, Glenhuron

[13] Selon les éléments de preuve d'experts du droit de la Barbade présentés par Loblaw Financial, la législation de la Barbade exigeait que Glenhuron satisfasse à la fois aux exigences de réception et d'utilisation des fonds telles qu'elles sont définies ci-dessus. L'experte a également estimé que Glenhuron satisfaisait à ces exigences. Je note que les hypothèses fournies par Loblaw Financial sur lesquelles l'experte a fondé son opinion ne comprenaient pas l'hypothèse selon laquelle la réception de fonds par Glenhuron faisait partie de son entreprise. En conséquence, cette conclusion faisait partie de l'avis de l'experte.

[14] Glenhuron a continué d'exister jusqu'en 2013, date à laquelle elle a été liquidée pour fournir à Loblaw les fonds nécessaires à une acquisition majeure.

Activités de Glenhuron

[15] Les activités entreprises par Glenhuron, qui sont au cœur du présent appel, ont été présentées en détail dans les motifs de la Cour canadienne de l'impôt. Ainsi, un simple résumé sera suffisant.

[16] Au cours des années en cause, Glenhuron s'est engagée dans plusieurs types d'activités financières :

- elle a acheté des titres de créance à court terme à faible risque libellés en dollars américains;
- elle a conclu des swaps de taux d'intérêt qui étaient généralement destinés à fournir à Glenhuron un taux de rendement équivalant à un taux fixe sur un emprunt à long terme;
- elle a conclu des swaps de devises afin que Glenhuron ne soit pas exposée aux fluctuations des devises par rapport au dollar canadien;
- elle a conclu un accord avec le groupe Weston pour acheter un portefeuille de prêts qui avaient été accordés par des banques sans lien de dépendance avec elle à des conducteurs indépendants distribuant des produits de boulangerie de Weston aux États-Unis. Glenhuron a ensuite accordé des

sold the loan portfolio to another corporation in the Loblaw or Weston group and Glenhuron managed the portfolio on its behalf;

- it managed investments on behalf of other corporations in the Loblaw and Weston groups for a fee. It also managed funds on behalf of one arm's length corporation. The investment strategy employed on behalf of these corporations was very similar to Glenhuron's own investment strategy;
- it made two short-term loans to non-arm's length corporations; and
- it entered into equity forward contracts to purchase Loblaw shares. Loblaw's consolidated financial statements stated that the purpose of these transactions was to "manage its exposure to fluctuations in its stock-based compensation cost as a result of changes in the market price of its common shares."

[17] In this Court, Loblaw Financial provided a summary of the asset value and income from Glenhuron's activities. The summary, which is reproduced in an appendix to these reasons, was largely based on financial statements in the record. The summary was prepared for purposes of this appeal.

[18] The source of funds for these activities is also relevant in this appeal. There were two main sources of funds. Prior to the taxation years at issue, Glenhuron's major source of funding was capital invested by corporations in the Loblaw group (either as share capital or interest-free debt). During the taxation years at issue, Glenhuron's funding increased mainly through its own retained earnings, which were substantial.

prêts supplémentaires aux conducteurs. Quelques années plus tard, Glenhuron a vendu le portefeuille de prêts à une autre société du groupe Loblaw ou Weston et a géré le portefeuille au nom de ce groupe;

- Elle a géré des placements pour le compte d'autres sociétés des groupes Loblaw et Weston contre rémunération. Elle a également géré des fonds pour le compte d'une société sans lien de dépendance avec elle. La stratégie de placement employée au nom de ces sociétés était très similaire à celle de Glenhuron;
- Elle a accordé deux prêts à court terme à des sociétés ayant un lien de dépendance avec elle;
- Elle a conclu des contrats à livrer sur actions pour acheter des actions de Loblaw. D'après les états financiers consolidés de Loblaw, l'objectif de ces transactions était de [TRADUCTION] « gérer l'exposition aux fluctuations des coûts de rémunération à base d'actions de l'entreprise en raison des variations du prix du marché de ses actions ordinaires ».

[17] Devant notre Cour, Loblaw Financial a fourni un résumé de la valeur des actifs et des revenus des activités de Glenhuron. Le résumé, qui est reproduit en annexe des présents motifs, reposait essentiellement sur les états financiers au dossier. Il a été préparé aux fins du présent appel.

[18] La source des fonds pour ces activités est également pertinente dans le présent appel. Il y avait deux sources principales de financement. Avant les années d'imposition en cause, la principale source de financement de Glenhuron était le capital investi par les sociétés du groupe Loblaw (sous forme de capital social ou de dette sans intérêt). Au cours des années d'imposition en cause, le financement de Glenhuron a augmenté principalement grâce à ses propres bénéfices non distribués, qui étaient substantiels.

Applicable legislation

[19] The FAPI scheme is intended to prevent Canadians from avoiding tax on passive income by earning such income in foreign corporations located in low-tax jurisdictions. The scheme aims to achieve this result by requiring the foreign corporation's passive income to be included in the Canadian shareholder's income as it is earned.

[20] Below I reproduce the introductory FAPI provision which requires the FAPI to be included in the shareholder's income. The brevity of this provision is not representative of the FAPI legislation as a whole which is notoriously complex [subsection 91(1) of ITA]:

Amounts to be included in respect of share of foreign affiliate

91 (1) In computing the income for a taxation year of a taxpayer resident in Canada, there shall be included, in respect of each share owned by the taxpayer of the capital stock of a controlled foreign affiliate of the taxpayer, as income from the share, the percentage of the foreign accrual property income of any controlled foreign affiliate of the taxpayer, for each taxation year of the affiliate ending in the taxation year of the taxpayer, equal to that share's participating percentage in respect of the affiliate, determined at the end of each such taxation year of the affiliate.

[21] At a very basic level, the FAPI scheme operates by distinguishing between active business income, which is not FAPI, and passive income, which is. As described in the Tax Court's reasons, after the FAPI legislation had been in force for several years the government was concerned that the legislation did not have sufficient teeth to achieve its purpose. The problem was perceived to be that there were no legislative definitions of "active business income" or "passive income". Accordingly, in 1995 the legislation was overhauled to provide detailed definitions, including a definition of "investment business" which in general terms represents passive income.

Dispositions législatives applicables

[19] Le régime du REATB vise à empêcher les Canadiens d'éviter l'impôt sur le revenu passif en gagnant ce revenu de sociétés étrangères sises dans des pays à faible taux d'imposition. Le régime vise à atteindre ce résultat en exigeant que le revenu passif de la société étrangère soit inclus dans le revenu de l'actionnaire canadien au fur et à mesure qu'il est gagné.

[20] Je reproduis ci-dessous [au paragraphe 91(1) de la LIR] la disposition introductive concernant le REATB qui exige que celui-ci soit inclus dans les revenus de l'actionnaire. La brièveté de cette disposition n'est pas représentative de l'ensemble du texte législatif concernant le REATB, qui est connu pour sa complexité :

Sommes à inclure au titre d'une action dans une société étrangère affiliée

91 (1) Dans le calcul du revenu pour une année d'imposition d'un contribuable résidant au Canada, il doit être inclus, relativement à chaque action qui lui appartient dans le capital-actions d'une société étrangère affiliée contrôlée du contribuable, à titre de revenu tiré de l'action, le pourcentage du revenu étranger accumulé, tiré de biens, de toute société étrangère affiliée contrôlée du contribuable, pour chaque année d'imposition de la société affiliée qui se termine au cours de l'année d'imposition du contribuable, égal au pourcentage de participation de cette action, afférent à la société affiliée et déterminé à la fin de chaque telle année d'imposition de cette dernière.

[21] À un niveau très élémentaire, le régime du REATB fonctionne en distinguant le revenu d'une entreprise exploitée activement, qui n'est pas un REATB, et le revenu passif, qui en est un. Comme l'indiquent les motifs de la Cour canadienne de l'impôt, après que le texte législatif concernant le REATB eu été en vigueur pendant plusieurs années, le gouvernement a craint que la loi n'ait pas suffisamment de mordant pour atteindre son objectif. Le problème était qu'il n'existait aucune définition législative du « revenu d'une entreprise exploitée activement » ou du « revenu passif ». Par conséquent, en 1995, la loi a été remaniée pour fournir des définitions détaillées, y compris une définition de l'expression « entreprise de placement » qui désigne, de manière générale, un revenu passif.

[22] The definition of “investment business” in subsection 95(1) of the ITA is central to this appeal. It is sufficient for present purposes to look at the current version of the definition and it is reproduced in an appendix. This appeal focusses on the part of the definition that sets out specific exclusions for particular types of businesses, such as financial businesses which earn interest income in the context of an active business (paragraphs (a), (b) and (c)).

[23] One of the conditions that must be satisfied in order to qualify for one of the exclusions is an arm’s length requirement set out in paragraph (a) of the definition of “investment business”. This requirement is drafted as an exclusion to the exclusions: “other than any business conducted principally with persons with whom the affiliate does not deal at arm’s length.”

[24] Loblaw Financial submits that Glenhuron satisfies the requirements for an exclusion as a foreign bank. The term “foreign bank” is also defined in subsection 95(1).

The Tax Court decision

[25] There were many issues before the Tax Court, and the Court’s key findings were helpfully summarized in the formal judgment. There are three findings with respect to FAPI:

- Glenhuron was a regulated foreign bank with the equivalent of greater than five full-time employees in the taxation years at issue. However, it was principally conducting business with non-arm’s length persons, and consequently, Glenhuron’s income was from an investment business and was required to be included in Loblaw Financial’s income as FAPI;
- pursuant to paragraph 95(2)(b) of the ITA, Glenhuron’s fee income from managing investments for non-arm’s length persons was FAPI as the income was deemed to be income from a separate business other than an active business.

[22] La définition d’« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) de la LIR est au cœur du présent appel. Il suffit, aux fins de l’espèce, d’examiner la version actuelle de la définition, qui est reproduite en annexe. Le présent appel porte sur la partie de la définition qui énonce des exclusions précises accordées à des types d’entreprises particuliers, comme les entreprises financières qui perçoivent un revenu d’intérêt dans le cadre d’une entreprise exploitée activement (alinéas a), b) et c)).

[23] L’une des conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de l’une des exclusions est l’exigence d’une relation entre personnes sans lien de dépendance énoncée à l’alinéa a) de la définition d’une « entreprise de placement ». Cette condition est rédigée comme une exclusion aux exclusions : « sauf celle menée principalement avec des personnes avec lesquelles la société affiliée a un lien de dépendance ».

[24] Loblaw Financial soutient que Glenhuron remplit les conditions d’exclusion en tant que banque étrangère. Le terme « banque étrangère » est également défini au paragraphe 95(1).

Décision de la Cour canadienne de l’impôt

[25] La Cour canadienne de l’impôt a été saisie de nombreuses questions, et ses principales conclusions ont été utilement résumées dans le jugement formel. Il y a trois conclusions en ce qui concerne le REATB :

- Glenhuron était une banque étrangère réglementée qui employait l’équivalent de plus de cinq employés à temps plein au cours des années d’imposition en cause. Toutefois, elle assurait la conduite de son entreprise principalement avec des personnes ayant un lien de dépendance avec elle et, par conséquent, les revenus de Glenhuron provenaient d’une entreprise de placement et devaient être inclus dans le revenu de Loblaw Financial en tant que REATB;
- en application de l’alinéa 95(2)b) de la LIR, le revenu tiré des honoraires de Glenhuron provenant de la gestion des placements pour des personnes ayant un lien de dépendance avec elle était un REATB étant donné que le revenu était réputé être un

Certain fees paid by Weston subsidiaries were also FAPI even if they were not subject to paragraph 95(2)(b), as this activity would otherwise be part of Glenhuron's "investment business"; and

- in the calculation of FAPI, foreign exchange gains and losses in respect of Glenhuron's investment in short-term debt securities was on income account.

[26] As a result of these findings, the Tax Court ordered that the relevant taxation years be reassessed only with respect to foreign exchange. In other respects, the Minister's determination that Glenhuron's income was FAPI was upheld.

[27] In concluding that Glenhuron did not conduct business principally with arm's length persons, which is the only issue in this appeal, the Court rejected both of the parties' submissions. As for submissions by the Crown, the Court disagreed with the Crown that the arm's length test required that Glenhuron compete for business. As for submissions by Loblaw Financial, the Court disagreed with its contention that the arm's length test applies only to persons with whom Glenhuron had entered into income-earning arrangements.

[28] Instead, the Court concluded that competition is not a requirement of the arm's length test, but it is relevant to the analysis. The Court also concluded that all persons with whom Glenhuron conducted business should be taken into account.

[29] The Court's conclusions regarding the arm's length test also included the following:

revenu provenant d'une entreprise distincte autre qu'une entreprise exploitée activement. Certains honoraires versés par les filiales de Weston étaient également un REATB même s'ils n'étaient pas assujettis à l'alinéa 95(2)(b), car cette activité ferait autrement partie de l'« entreprise de placement » de Glenhuron;

- dans le calcul du REATB, les gains et les pertes sur change en ce qui a trait au placement de Glenhuron dans des titres de créance à court terme étaient imputés à son compte de revenu.

[26] À la suite de ces conclusions, la Cour canadienne de l'impôt a ordonné que de nouvelles cotisations soient établies pour les années d'imposition en cause, et ce, uniquement en ce qui concerne les opérations de change. Par ailleurs, la conclusion du ministre selon laquelle le revenu de Glenhuron était un REATB a été confirmée.

[27] En concluant que Glenhuron n'avait pas mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle, ce qui est la seule question en litige en l'espèce, la Cour a rejeté les arguments des deux parties. En ce qui concerne les observations de la Couronne, la Cour n'était pas d'accord avec elle sur le fait que le critère d'une relation entre personnes sans lien de dépendance exigeait que Glenhuron livre concurrence pour mener une entreprise. Quant aux observations de Loblaw Financial, la Cour a rejeté son affirmation selon laquelle le critère d'une relation entre personnes sans lien de dépendance ne s'applique qu'aux personnes avec lesquelles Glenhuron a conclu des accords générateurs de revenus.

[28] La Cour a plutôt conclu que la concurrence n'est pas une exigence du critère d'une relation entre personnes sans lien de dépendance, mais qu'elle est pertinente pour l'analyse. La Cour a également conclu que toutes les personnes avec lesquelles Glenhuron a mené une entreprise devaient être prises en compte.

[29] Les conclusions de la Cour concernant le critère d'une relation entre personnes sans lien de dépendance comprennent également les éléments suivants :

- the arm’s length test as applied to foreign banks requires an examination of a bank’s receipts and uses of funds;
- the term “principally” means greater than 50 percent, and this is to be determined based on all relevant circumstances. However, in the context of the foreign bank exclusion there should be a greater relative weighting to the receipt side of the business because this is where competition would be expected;
- with respect to the receipt side, “it all came from non-arm’s length parties” (paragraph 239); and
- on the use side, the Court used the awkward wording from the arm’s length test and stated: “[t]he Appellant has not satisfied me that even the use of funds ... was not principally conducting business with non-arm’s length persons” (paragraph 248).
- le critère d’une relation entre personnes sans lien de dépendance tel qu’il est appliqué aux banques étrangères exige un examen de la réception et de l’utilisation des fonds d’une banque;
- le terme « principalement » signifie plus de 50 p. 100, et cela doit être défini en fonction de toutes les circonstances pertinentes. Toutefois, dans le contexte de l’exclusion accordée aux banques étrangères, il faudrait donner un poids relatif plus important à l’élément de réception de fonds de l’entreprise, car c’est là où on s’attendrait à ce qu’il y ait de la concurrence;
- en ce qui concerne la réception de fonds, « tout provenait de parties avec lesquelles l’appelante avait un lien de dépendance » (au paragraphe 239);
- en ce qui concerne l’utilisation des fonds, la Cour a utilisé la formulation maladroite du critère d’une relation entre personnes sans lien de dépendance et a déclaré « [l]’appelante n’a pas réussi à me convaincre que même [...] l’utilisation de fonds n’était pas une entreprise menée principalement avec des personnes ayant un lien de dépendance avec elle » (au paragraphe 248).

[30] In a separate decision reported as 2018 TCC 263, the Tax Court ordered that each party bear its own costs.

[30] Dans une décision distincte publiée sous la référence 2018 CCI 263, la Cour canadienne de l’impôt a ordonné que chaque partie s’acquitte de ses dépens.

Position of Loblaw Financial

Thèse de Loblaw Financial

[31] In this section, I provide an overview of the submissions of Loblaw Financial concerning the arm’s length requirement, which is the only issue in the appeal.

[31] Dans cette section, je donne un aperçu des arguments de Loblaw Financial concernant l’exigence d’une relation entre personnes sans lien de dépendance, qui est la seule question en litige dans l’appel.

[32] I have not provided a summary of the submissions of the Crown here because the Crown generally endorses the reasons of the Tax Court. More will be said about the Crown’s submissions later in the reasons.

[32] Je n’ai pas fourni de résumé des observations de la Couronne ici, car celle-ci souscrit généralement aux motifs de la Cour canadienne de l’impôt. Je reviendrai plus loin dans les présents motifs sur les observations de la Couronne.

[33] Loblaw Financial submits that the Tax Court made four errors of law:

[33] Loblaw Financial soutient que la Cour canadienne de l’impôt a commis quatre erreurs de droit :

- it read in an unlegislated competition requirement;
 - it focussed on capitalization rather than sources of income;
 - it characterized the conduct of business as including capital receipts; and
 - it failed to treat Glenhuron as separate and distinct from Loblaw.
- en donnant à la loi une interprétation large, elle y a ajouté une exigence de concurrence;
 - elle s'est concentrée sur la capitalisation plutôt que sur les sources de revenu;
 - elle a qualifié l'entreprise menée comme comprenant les recettes en capital;
 - elle n'a pas traité Glenhuron comme une entité séparée et distincte de Loblaw.

[34] Loblaw Financial submits that a proper interpretation of the arm's length test frames the issue as whether the foreign bank generated income by investing in, or with, arm's length persons. This follows, it is suggested, by the definition of "investment business" which focusses on income from investments.

[34] Loblaw Financial soutient qu'une interprétation correcte du critère d'une relation entre personnes sans lien de dépendance permet de déterminer si la banque étrangère a généré des revenus en investissant dans ou avec des personnes sans lien de dépendance avec elle. Cela découle, soutient-on, de la définition de l'« entreprise de placement » qui se concentre sur les revenus provenant de placements.

[35] The key factors one should consider in determining who Glenhuron conducted business with, Loblaw Financial suggests, are (1) the value of Glenhuron's income-generating assets, (2) the amount of income derived from those assets, and (3) the time, attention and effort devoted to its income-generating activities.

[35] Les principaux facteurs à prendre en compte pour déterminer avec qui Glenhuron menait une entreprise, selon Loblaw Financial, sont 1) la valeur des actifs générateurs de revenu de Glenhuron, 2) le montant du revenu tiré de ces actifs et 3) le temps, l'attention et les efforts consacrés à ses activités rémunératrices.

[36] Applying these principles, Loblaw Financial suggests that Glenhuron's business is conducted principally with the arm's length persons involved in its three core activities: (1) persons from whom Glenhuron purchased short-term debt securities, (2) counterparties to Glenhuron's swaps, and (3) banks from whom Glenhuron acquired a portfolio of loans issued to independent drivers of Weston bakery products in the United States, and the drivers to whom Glenhuron issued new loans.

[36] En appliquant ces principes, Loblaw Financial soutient que l'entreprise de Glenhuron est menée principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle prenant part à ses trois activités principales : 1) les personnes auprès desquelles Glenhuron a acheté des titres de créance à court terme, 2) les contreparties aux swaps de Glenhuron, et 3) les banques auprès desquelles Glenhuron a acquis un portefeuille de prêts émis aux conducteurs indépendants distribuant des produits de boulangerie de Weston aux États-Unis, et les conducteurs auxquels Glenhuron a émis de nouveaux prêts.

[37] The only non-arm's length dealings that Glenhuron had with respect to these core activities, it is suggested, are dealings with the Weston bakery group relating to the loans to drivers. Reference was made to the Tax Court's reasons, at paragraphs 56, 60 and 243.

[37] Loblaw Financial affirme que les seules transactions entre personnes ayant un lien de dépendance que Glenhuron a eues en ce qui concerne ces activités principales sont des transactions avec le groupe de boulangeries de Weston concernant les prêts aux conducteurs.

Loblaw Financial a renvoyé aux paragraphes 56, 60 et 243 des motifs de la Cour canadienne de l'impôt.

Analysis

Introduction

[38] The question to be determined is whether the Tax Court erred in concluding that Glenhuron did not conduct business principally with arm's length persons for purposes of the definition of "investment business" in subsection 95(1) of the ITA. For the reasons that follow, I conclude that the Tax Court did make reviewable errors, which are errors of law, and that the Tax Court's decision should be set aside. Accordingly, it is also necessary to consider the appropriate remedy.

[39] The analysis below is organized into the following parts:

- What is the applicable standard of review?
- What is the proper interpretation of the legislation?
- Did the Tax Court err?
- What is the appropriate remedy?
- Did Glenhuron conduct business principally with arm's length persons?
- What is an appropriate award of costs?

What is the applicable standard of review?

[40] In an appeal from the Tax Court, this Court is to apply the standards of review set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Questions of law are to be reviewed on a standard of correctness. Questions of fact and questions of mixed fact and law

Analyse

Introduction

[38] La question à trancher est de savoir si la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en concluant que Glenhuron n'a pas mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle aux fins de la définition d'« entreprise de placement » donnée au paragraphe 95(1) de la LIR. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Cour canadienne de l'impôt a effectivement commis des erreurs susceptibles de révision, qui sont des erreurs de droit, et que la décision de la Cour canadienne de l'impôt devrait être annulée. Par conséquent, il est également nécessaire d'envisager le redressement approprié.

[39] L'analyse ci-dessous est organisée en plusieurs parties :

- Quelle est la norme de contrôle applicable?
- Quelle est l'interprétation juste de la Loi?
- La Cour canadienne de l'impôt a-t-elle commis une erreur?
- Quel est le recours approprié?
- Glenhuron a-t-elle mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle?
- Quelle somme convient-il de fixer pour l'adjudication des dépens?

Quelle est la norme de contrôle applicable?

[40] S'agissant d'un appel d'une décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt, notre Cour doit appliquer les normes de contrôle définies dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les questions de droit doivent être examinées selon la norme

(other than extricable questions of law) are to be reviewed on a standard of palpable and overriding error.

What is the proper interpretation of the legislation?

[41] The well-established approach to interpreting statutes in Canada, including the ITA, is to consider the text, context and purpose of the legislation in a manner that is harmonious with the statute as a whole (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 11).

[42] The term “investment business” requires that, to be eligible for the exclusions described in paragraphs (a), (b) and (c), the business must be “other than any business conducted principally with persons with whom the affiliate does not deal at arm’s length.”

[43] The particular question to be determined in the appeal is: Who did Glenhuron principally conduct business with? The key phrase here is “business conducted ... with”.

[44] The plain meaning of the phrase “business conducted ... with” suggests that it applies to every person with whom Glenhuron has a business relationship. It is not limited to persons with whom Glenhuron had entered into income-earning transactions. On the other hand, the plain meaning does not extend to persons with whom Glenhuron interacted if the interaction was not in the nature of “Glenhuron doing business”. This is implied by the word “with”.

[45] After determining with whom Glenhuron conducted business, the business relationships must be weighed to determine with whom the corporation principally conducted business. The use of the general term “principally” suggests that the weighting will be a fact-based determination that is appropriate in the particular circumstances.

de la décision correcte. Les questions de fait et les questions de droit et de fait (autres que les questions de droit isolables) doivent quant à elles être examinées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante.

Quelle est l’interprétation juste de la Loi?

[41] L’approche bien établie pour l’interprétation des lois au Canada, y compris la LIR, consiste à examiner le texte, le contexte et l’objet de la Loi d’une manière qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 11).

[42] L’expression « entreprise de placement » exige que, pour être admissible aux exclusions définies aux alinéas a), b) et c), l’entreprise doit être une entreprise autre que « celle menée principalement avec des personnes avec lesquelles la société affiliée a un lien de dépendance ».

[43] La question particulière à trancher dans le présent appel est la suivante : Avec qui Glenhuron menait-elle principalement la conduite de son entreprise? L’expression clé est ici « entreprise [...] menée [...] avec ».

[44] L’expression « entreprise [...] menée [...] avec », selon son sens ordinaire, indique qu’elle s’applique à toute personne avec laquelle Glenhuron a une relation d’affaires. Elle n’est pas limitée aux personnes avec lesquelles Glenhuron avait conclu des transactions rémunératrices. D’autre part, le sens ordinaire ne s’étend pas aux personnes avec lesquelles Glenhuron a interagi si l’interaction n’était pas du type [TRADUCTION] « Glenhuron fait des affaires ». C’est ce qu’indique le mot « avec ».

[45] Après avoir déterminé avec qui Glenhuron menait une entreprise, les relations d’affaires doivent être sou-pesées pour déterminer avec qui la société a principale-ment mené une entreprise. L’utilisation du terme général « principalement » indique que les relations seront sou-pesées en s’appuyant sur les faits d’une façon appropriée dans les circonstances précises.

[46] As for context, at a high level the FAPI scheme differentiates between passive income and active business income. As described in detail by the Tax Court, legislative changes were made to the scheme in 1995 in response to concerns that the existing legislation did not have sufficient teeth to properly capture passive income. One way in which this objective was addressed was to add a definition of “investment business”.

[47] The definition of “investment business” differentiates between active business income and passive income in a very rough way. It does this by encompassing a wide range of businesses and providing for a limited number of specific exclusions.

[48] Turning to the purpose of the provision at issue, the arm’s length test is one of several requirements to qualify for one of the exclusions. The exclusions generally further the fundamental purpose of the FAPI scheme, which is to apply only to passive income. The requirements for the exclusion for foreign banks address this objective in several ways, including the arm’s length requirement:

- the business has to be subject to foreign banking laws and be regulated;
- the corporation has to operate the business;
- the business must have the equivalent of more than five full-time employees; and
- the business must not be conducted principally with non-arm’s length persons.

[49] It is convenient to mention here that the above conditions demonstrate that the foreign bank exclusion generally depends on whether the corporation is licensed and regulated, and not directly on whether it carries on particular types of activities.

[46] Pour ce qui est du contexte, de façon générale, le régime du REATB distingue le revenu passif du revenu provenant d’une entreprise exploitée activement. Comme l’a expliqué en détail la Cour canadienne de l’impôt, des modifications législatives ont été apportées au régime en 1995 en réponse aux préoccupations selon lesquelles la loi existante n’avait pas suffisamment de mordant pour englober correctement le revenu passif. L’une des façons d’atteindre cet objectif a été d’ajouter la définition d’« entreprise de placement ».

[47] La définition d’« entreprise de placement » fait une distinction très approximative entre le revenu provenant d’une entreprise exploitée activement et le revenu passif. Pour ce faire, elle englobe un large éventail d’entreprises et prévoit un nombre limité d’exclusions précises.

[48] En ce qui concerne l’objet de la disposition en cause, le critère de l’absence de lien de dépendance est l’une des nombreuses conditions à remplir pour bénéficier de l’une des exclusions. Ces exclusions vont généralement dans le sens de l’objectif fondamental du régime du REATB, qui est de ne s’appliquer qu’au revenu passif. Les conditions d’exclusion concernant les banques étrangères répondent à cet objectif de plusieurs manières, y compris l’exigence d’absence de lien de dépendance :

- l’entreprise doit être soumise à des lois bancaires étrangères et être réglementée;
- la société doit exploiter l’entreprise;
- l’entreprise doit avoir l’équivalent de plus de cinq employés à temps plein; et
- l’entreprise ne doit pas être menée principalement avec des personnes ayant un lien de dépendance avec la société.

[49] Il convient de mentionner ici que les conditions susmentionnées démontrent que l’exclusion accordée aux banques étrangères dépend généralement du fait que la société soit ou non agréée et réglementée, et non pas directement du fait qu’elle exerce ou non des types d’activités particuliers.

Did the Tax Court err?

[50] The Tax Court was faced with a daunting task of having to grapple with a myriad of issues in a lengthy trial. Only one of these issues has been appealed to this Court.

[51] In my respectful view, the Tax Court's conclusion on the arm's length issue is built on an interpretation of the applicable legislation which significantly overreaches and contains errors of law. Such legal errors are to be reviewed on the non-deferential standard of correctness. As will be evident below, in large measure I agree with the submissions of Loblaw Financial on this issue, but my analysis differs somewhat.

[52] One error concerns how the arm's length test is to be interpreted in the specific context of foreign banks.

[53] The Tax Court determined that a proper interpretation of the arm's length test in a banking context requires one to examine the bank's activities from the perspective of both the receipt and use of funds (paragraph 209). This was based on the Court's view that a bank's business necessarily involves two sides—receipts and uses. The Court appeared to rely entirely for this conclusion on the definition of an "international banking business" in the Barbados legislation.

[54] This conclusion was a legal error. Simply because Barbados legislation defines international banking in a particular manner does not mean that receipts and uses are always a necessary requirement to carry on a banking business—in Barbados or elsewhere.

[55] Canadian courts find it difficult to define the term "banking". The Supreme Court discussed this difficulty in the context of a constitutional matter in *Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of*

La Cour canadienne de l'impôt a-t-elle commis une erreur?

[50] La Cour canadienne de l'impôt a été confrontée à la tâche ardue d'avoir à traiter une myriade de questions dans un long procès. Une seule de ces questions a été portée en appel devant notre Cour.

[51] À mon humble avis, la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt sur la question de l'absence de lien de dépendance est fondée sur une interprétation beaucoup trop large de la loi applicable et contient des erreurs de droit. Ces erreurs de droit doivent être examinées selon la norme de la décision correcte, qui n'appelle aucune retenue. Comme on le verra plus loin, je suis dans une large mesure d'accord avec les observations de Loblaw Financial sur cette question, mais mon analyse diffère quelque peu.

[52] Une erreur concerne la manière dont le critère de l'absence de lien de dépendance doit être interprété dans le contexte précis des banques étrangères.

[53] La Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'une interprétation correcte du critère de l'absence d'un lien de dépendance dans un contexte bancaire exige que l'on examine les activités de la banque sous l'angle à la fois de la réception et de l'utilisation de fonds (au paragraphe 209). Cette conclusion repose sur l'opinion de la Cour selon laquelle l'activité d'une banque comporte nécessairement deux volets : la réception et l'utilisation de fonds. La Cour semble s'être entièrement appuyée, pour formuler cette conclusion, sur la définition de l'expression [TRADUCTION] « activités bancaires internationales » dans les lois de la Barbade.

[54] Elle a commis une erreur de droit en tirant cette conclusion. Ce n'est pas parce que les lois de la Barbade définissent les opérations bancaires internationales d'une manière particulière que la réception et l'utilisation de fonds sont toujours une condition nécessaire à l'exercice d'une activité bancaire — à la Barbade ou ailleurs.

[55] Les tribunaux canadiens éprouvent des difficultés à définir le terme « banque ». La Cour suprême a examiné cette difficulté dans le contexte d'une question constitutionnelle dans l'arrêt *Canadian Pioneer Management*

Saskatchewan et al., [1980] 1 S.C.R. 433, (1980), 107 D.L.R. (3d) 1. In that case, the decision of the majority concluded that “banking” is an elusive concept, difficult to define, and its meaning should be based on a formal, institutional approach rather than a substantive approach, in the sense of the functions of banking. It follows that the use of the term “bank” in the name of the entity, and whether it is regulated, are factors to be considered, rather than the actual activities that are conducted.

[56] The Tax Court’s approach is at odds with *Canadian Pioneer*, which details that a formal, institutional approach should be taken to define a banking business. Using this approach, there is no reasonable basis to conclude that the arm’s length test requires both business receipts and uses.

[57] The Tax Court’s error that business receipts and uses are necessary to comply with the arm’s length test spawned two incorrect conclusions: (1) that the receipt side of the business implies an element of competition (paragraph 210), and (2) that the necessity for business receipts means that the exclusion does not apply if a business simply manages its own funds (paragraph 325). Since the term “banking” depends on formal factors rather than functions, it is a legal error for the Tax Court to make these inferences.

[58] In addition, the Tax Court’s focus on competition, which was dealt with at length in the Court’s reasons, is an example of a court inferring a purposive interpretation from unexpressed legislative intent. This is also a legal error. As stated by the Supreme Court of Canada: “This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the [ITA] an unexpressed legislative intention ... Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the [ITA]” (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999), 178

Ltd. et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres, [1980] 1 R.C.S. 433. Dans cet arrêt, la majorité de la Cour suprême a conclu que le terme « banque » est un concept abstrait et difficile à définir, et que sa signification devrait être abordée de façon formelle et sous un angle institutionnel plutôt qu’en s’appuyant sur des facteurs de fond, au sens des fonctions des banques. Il s’ensuit que l’utilisation du terme « banque » figurant dans le nom de l’entité et le fait qu’elle soit réglementée ou non sont les facteurs à prendre en considération, plutôt que les activités réelles qui sont menées.

[56] L’approche de la Cour canadienne de l’impôt va à l’encontre de celle adoptée dans l’arrêt *Canadian Pioneer* qui précise qu’une approche formelle et institutionnelle doit être adoptée pour définir une activité bancaire. En utilisant cette approche, il n’y a pas de base raisonnable pour conclure que le critère de l’absence d’un lien de dépendance requiert à la fois la réception et l’utilisation de fonds d’une entreprise.

[57] L’erreur qu’a commise la Cour canadienne de l’impôt en partant du principe que la réception et l’utilisation de fonds d’une entreprise sont nécessaires pour respecter le critère de l’absence d’un lien de dépendance a donné lieu à deux conclusions erronées : 1) la réception de fonds de l’entreprise implique un élément de concurrence (au paragraphe 210) et 2) la nécessité de la réception de fonds d’une entreprise signifie que l’exclusion ne s’applique pas si une entreprise gère simplement ses propres fonds (au paragraphe 325). Étant donné que le terme « banque » dépend de facteurs formels plutôt que de fonctions, la Cour canadienne de l’impôt a commis une erreur de droit en tirant ces conclusions.

[58] En outre, en concentrant longuement son analyse sur la concurrence, la Cour canadienne de l’impôt a déduit une interprétation téléologique d’une intention législative non exprimée. Il s’agit également d’une erreur de droit. Comme l’a déclaré la Cour suprême du Canada : « La jurisprudence de notre Cour est constante : les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit d’attribuer au législateur, à l’égard d’une disposition claire de la [LIR], une intention non explicite [...] En concluant à l’existence d’une intention non exprimée par le législateur sous couvert d’une interprétation fondée sur l’objet, l’on risque de rompre l’équilibre

D.L.R. (4th) 26, at paragraph 43). The emphasis in the Tax Court's reasons on an unexpressed intention of competition is not appropriate in this case which involves a FAPI scheme that is drafted with mind-numbing detail.

[59] The Tax Court also erred by conflating the rationale of the legislation for purposes of a GAAR [general anti-avoidance rule] analysis with the purpose of the legislation in a statutory interpretation analysis. These are distinctly different exercises (*Canada v. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 FCA 30, [2018] 4 F.C.R. 3, [2018] 6 C.T.C. 1, at paragraphs 40–42, citing *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721, at paragraphs 66, 70). It appears that the Tax Court brushed over this distinction, referring to it as “something of a fine, legalistic point” (paragraph 218).

[60] As discussed in the Tax Court reasons, competition is recognized as a policy rationale for limiting FAPI to passive income and as such it would be relevant in a GAAR analysis. However, Parliament has not explicitly required competition as an element of the foreign bank exclusion at issue. This may be contrasted with other FAPI provisions where a competition requirement is explicit (see, for example, subsection 95(2.4) of the ITA).

[61] The [Tax] Court also erred in not respecting the fundamental principle that a corporation and its shareholders are separate and distinct entities (see *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69, at paragraph 95).

[62] This error is manifested in the Court's determination that Glenhuron's activities involving the purchase of short-term debt securities and its swap transactions were conducted with Loblaw. In each case, the Court stated that Glenhuron was acting on behalf of Loblaw whose money it was investing (paragraphs 242, 247). Except with respect to investment management services which are not relevant in this part of the analysis, Glenhuron

que le législateur a tenté d'établir dans la [LIR]. » (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, au paragraphe 43). L'accent mis dans les motifs de la Cour canadienne de l'impôt sur une intention non explicite de concurrence ne convient pas en l'espèce, où il est question d'un régime du REATB élaboré minutieusement.

[59] La Cour canadienne de l'impôt a également commis une erreur en confondant la justification de la loi aux fins d'une analyse de la RGAÉ [règle générale anti-évitement] avec l'objectif de la loi dans le contexte d'une analyse de l'interprétation législative. Il s'agit d'exercices nettement différents (*Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3, aux paragraphes 40 à 42, citant l'arrêt *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721, aux paragraphes 66 et 70). Il semble que la Cour canadienne de l'impôt ait balayé cette distinction, la qualifiant de « subtil[e] et formaliste » (au paragraphe 218).

[60] Comme l'indiquent les motifs de la Cour canadienne de l'impôt, la concurrence est reconnue comme une considération de principe pour la limitation du REATB au revenu passif et, à ce titre, elle serait pertinente dans une analyse de la RGAÉ. Cependant, le législateur n'a pas explicitement exigé que la concurrence soit un élément de l'exclusion en cause accordée aux banques étrangères. Cette disposition peut être mise en contraste avec d'autres dispositions concernant le REATB dans lesquelles l'exigence de concurrence est explicite (voir, par exemple, le paragraphe 95(2.4) de la LIR).

[61] La Cour a également commis une erreur en ne respectant pas le principe fondamental selon lequel une société et ses actionnaires sont des entités distinctes (*Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69, at paragraphe 95).

[62] Elle a commis cette erreur en décidant que Glenhuron avait mené avec Loblaw ses activités d'achat de titres de créance à court terme et ses opérations de swap. Dans chaque cas, la Cour a déclaré que Glenhuron agissait au nom de Loblaw dont elle investissait l'argent (aux paragraphes 242 et 247). À l'exception des services de gestion des placements, qui ne sont pas pertinents dans cette partie de l'analyse, Glenhuron ne gérait que

was not managing Loblaw's money but its own. It was an error of law for the Court to consider that Glenhuron's money belonged to Loblaw.

What is the appropriate remedy?

[63] The errors made in the Court below were the foundation for its conclusion that Glenhuron's income was FAPI. Accordingly, the Tax Court's decision should be set aside, except for its finding with respect to investment management services which was not appealed.

[64] In light of these errors, this Court may either refer the matter back to the Tax Court for redetermination, or it may make the decision that the Tax Court should have given.

[65] In this particular case, the record was extensive, and included a 36-volume appeal book. I was initially doubtful that it would be feasible to make the necessary findings of fact in this appeal to give the judgment that the Tax Court should have given.

[66] Ultimately, I have concluded that it is possible to make the necessary findings of fact. This conclusion is assisted by three factors: (1) the reasons of the Tax Court are very detailed, (2) Loblaw Financial provided summaries of information from financial statements that could be verified from the record, and (3) the Crown does not take issue with the Tax Court's factual findings as to the activities conducted by Glenhuron.

[67] I turn now to consider what decision the Tax Court should have given.

Did Glenhuron conduct business principally with arm's length persons?

[68] In this section, I consider who Glenhuron conducted business with. For the reasons that follow, I conclude that Glenhuron principally conducted business

son propre argent, et non celui de Loblaw. La Cour a commis une erreur de droit en considérant que l'argent de Glenhuron appartenait à Loblaw.

Quel est le recours approprié?

[63] Les erreurs commises par la Cour canadienne de l'impôt lui ont permis de conclure que le revenu de Glenhuron était un REATB. La décision qu'elle a rendue doit donc être annulée, sauf en ce qui concerne les services de gestion des placements puisque cette question n'a pas été portée en appel.

[64] Compte tenu de ces erreurs, notre Cour peut soit renvoyer l'affaire devant la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle statue à nouveau sur l'affaire, soit rendre la décision que la Cour canadienne de l'impôt aurait dû rendre.

[65] Dans ce cas particulier, le dossier était très complet et comprenait un dossier d'appel en 36 volumes. Au départ, je doutais qu'il soit possible de tirer les conclusions de fait nécessaires dans le présent appel pour rendre le jugement que la Cour canadienne de l'impôt aurait dû rendre.

[66] En fin de compte, j'ai conclu qu'il est possible de tirer les conclusions de fait nécessaires. Je m'appuie pour cela sur trois facteurs : 1) les motifs de la Cour canadienne de l'impôt sont très détaillés, 2) Loblaw Financial a fourni des résumés des renseignements tirés des états financiers que le dossier permettait de confirmer, et 3) la Couronne ne conteste pas les conclusions factuelles de la Cour canadienne de l'impôt concernant les activités menées par Glenhuron.

[67] Je me pencherai maintenant sur la décision que la Cour canadienne de l'impôt aurait dû rendre.

Glenhuron a-t-elle mené une entreprise principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle?

[68] Dans cette section, j'examine avec qui Glenhuron a mené une entreprise. Pour les motifs qui suivent, je conclus que Glenhuron a principalement mené une

with arm's length persons. This conclusion does not depend on whether or not the investment management business is considered a separate business.

[69] The term "investment business" explicitly requires that either Loblaw Financial or Glenhuron establish that the arm's length requirement has been satisfied. In my view Loblaw Financial has done so. For the reasons below, I conclude that Glenhuron principally conducted business with persons with whom it entered into contracts with respect to short-term debt securities and swap transactions. Glenhuron dealt with all such persons on an arm's length basis.

[70] The essence of Glenhuron's business activity was to decide what areas of business to pursue and what specific income-earning contracts to enter into, and then to implement those transactions. These activities generally involved interactions between Glenhuron and the persons with whom Glenhuron entered into income-earning transactions. They also involved interactions between Glenhuron and Loblaw Financial in which the parent corporation provided direction, support and oversight.

[71] In applying the arm's length test to these interactions, one must consider how the interaction with Loblaw Financial affects the analysis, determine the predominant income-earning transactions, and determine whether those transactions were conducted with persons with whom Glenhuron dealt at arm's length.

[72] With respect to the interaction between Glenhuron and Loblaw Financial, the extent and nature of this interaction was not as clearly set out in the evidence as it could have been. Loblaw Financial submits that these interactions were "commercially normal and legally required". This suggests a mere oversight role which would not amount to conducting business with Glenhuron. In my view, the evidence was not sufficiently detailed to establish that the role was limited in this way. The role may well have involved Loblaw Financial providing support

entreprise avec des personnes sans lien de dépendance avec elle. Cette conclusion ne dépend pas de la question de savoir si l'activité de gestion des placements est considérée ou non comme une activité distincte.

[69] L'expression « entreprise de placement » exige explicitement que Loblaw Financial ou Glenhuron établissent que l'exigence d'absence d'un lien de dépendance a été satisfaite. À mon avis, c'est ce qu'a fait Loblaw Financial. Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que Glenhuron a principalement mené une entreprise avec des personnes avec lesquelles elle a conclu des contrats concernant des titres de créance à court terme et des opérations de swap. Glenhuron n'avait pas de lien de dépendance avec aucune de ces personnes.

[70] L'essentiel de l'activité commerciale de Glenhuron consistait à décider des secteurs d'activité à poursuivre et des contrats rémunérateurs à conclure, puis à mettre en œuvre ces transactions. Ces activités comprenaient généralement des interactions entre Glenhuron et les personnes avec lesquelles Glenhuron effectuait des transactions rémunératrices. Elles comprenaient également des interactions entre Glenhuron et Loblaw Financial, à l'occasion desquelles la société mère a fourni des directives et un soutien et a exercé une surveillance.

[71] Lorsque l'on applique le critère de l'absence d'un lien de dépendance à ces interactions, il faut examiner l'incidence de l'interaction avec Loblaw Financial sur l'analyse, cerner les transactions rémunératrices prédominantes et décider si ces transactions ont été effectuées avec des personnes avec lesquelles Glenhuron avait ou non un lien de dépendance.

[72] En ce qui concerne l'interaction entre Glenhuron et Loblaw Financial, l'ampleur et la nature de cette interaction n'ont pas été exposées aussi clairement qu'elles auraient pu l'être dans les éléments de preuve. Loblaw Financial soutient que ces interactions étaient [TRADUCTION] « commercialement normales et légalement requises ». Cela indique un simple rôle de surveillance qui n'équivaudrait pas à mener une entreprise avec Glenhuron. À mon avis, les éléments de preuve n'étaient pas suffisamment détaillés pour établir que le rôle était ainsi limité. Il se

services to Glenhuron which resulted in Glenhuron conducting business with its parent corporation.

[73] However, in my view this does not affect the ultimate issue which is whether Glenhuron principally conducted business with arm's length persons. The FAPI regime as a whole, and the foreign bank exclusion in particular, is intended to encourage Canadians to carry on active businesses outside Canada. Parliament could not have intended that the foreign bank exclusion should be denied as a result of support and oversight provided by a parent corporation. The legislative intent would be frustrated if these interactions with Loblaw Financial were to be given significant weight.

[74] As for weighing Glenhuron's interactions in its income-earning transactions, a predominate weighting should be given to persons with whom Glenhuron dealt in the context of acquiring short-term debt securities and swaps. As clearly set out in the appended charts, the vast majority of Glenhuron's assets were invested in U.S. denominated short-term debt securities, cross-currency swaps, and interest rate swaps. These activities also generated by far the most income. Except for Loblaw's supporting role discussed above, this business activity was conducted entirely with arm's length persons.

[75] Loblaw Financial submitted that there was another aspect of Glenhuron's core business, loans to drivers of Weston bakery products. Although the loans were held by arm's length drivers, the arrangement had the significant involvement of the Weston bakery group and was subject to a formal agreement with that group. I conclude that this part of the business was substantially conducted with Weston as well as with the arm's length drivers.

peut fort bien que Loblaw Financial ait fourni des services de soutien à Glenhuron, faisant en sorte que Glenhuron mène une entreprise avec sa société mère.

[73] Toutefois, à mon avis, cela n'a aucune incidence sur la question fondamentale qui est de savoir si Glenhuron a principalement mené une entreprise avec des personnes sans lien de dépendance avec elle. Le régime du REATB dans son ensemble, et l'exclusion accordée aux banques étrangères en particulier, vise à encourager les Canadiens à mener une entreprise exploitée activement à l'étranger. Il est impossible que le législateur ait eu l'intention de refuser à une filiale l'exclusion accordée aux banques étrangères en raison du soutien et de la surveillance assurés par sa société mère. L'intention législative serait frustrée si l'on accordait un poids significatif à ces interactions avec Loblaw Financial.

[74] Pour ce qui est de soupeser les interactions de Glenhuron dans ses transactions rémunératrices, il convient d'accorder un poids prédominant aux personnes avec lesquelles Glenhuron a traité lors de l'acquisition de titres de créance à court terme et de swaps. Comme le montrent clairement les tableaux en annexe, la grande majorité des actifs de Glenhuron étaient investis dans des titres de créance à court terme libellés en dollars américains, des swaps de devises et des swaps de taux d'intérêt. Ces activités sont également celles qui, de loin, ont généré le plus de revenus. À l'exception du rôle de soutien de Loblaw évoqué plus haut, cette activité commerciale a été menée entièrement avec des personnes avec lesquelles Glenhuron n'avait pas de lien de dépendance.

[75] Loblaw Financial a fait valoir un autre aspect de l'activité principale de Glenhuron, à savoir les prêts aux conducteurs de produits de boulangerie de Weston. Bien que les prêts aient été détenus par des conducteurs sans lien de dépendance avec Glenhuron, l'arrangement a bénéficié de la participation significative du groupe de boulangerie Weston et a fait l'objet d'un accord formel avec ce groupe. J'en conclus que cette partie de l'activité a été essentiellement menée avec Weston ainsi qu'avec les conducteurs avec lesquels Glenhuron n'avait pas de lien de dépendance.

[76] However, it is not necessary to take the drivers' loans into account to satisfy the arm's length test. As described in the charts, the drivers' loans employed a relatively small amount of Glenhuron's funds and they earned a relatively small amount of income. My general impression is that this activity involved more employee time than other businesses, relative to its returns, but that the number of employees engaged in this activity was still small compared to the main business activity which involved the active participation of an investment team to purchase short-term debt securities and enter into swap transactions.

[77] I would mention that the charts provided by Loblaw Financial do not contain financial information about the equity forwards. Loblaw Financial justified the exclusion on the basis that the Minister's reassessments did not include the unrealized gains or losses from this activity which were reported in the financial statements. I am not satisfied that this is a sufficient reason to exclude information about the equity forwards from the charts. However, these contracts lost money on a cumulative basis and the Crown did not submit that it was a significant business activity. On balance, I have concluded that this activity was not significant compared to Glenhuron's main activities.

[78] I turn now to consider some of the Crown's submissions.

[79] First, the Crown submits that the arm's length test requires the court to consider both Glenhuron's use of funds and receipt of funds. The Crown says that Loblaw Financial itself admitted throughout that both receipts and uses were elements of Glenhuron's business by acknowledging that Glenhuron carried on an "international banking business".

[80] This Court was not provided with Loblaw Financial's submissions in the Tax Court. However, based on the information before this Court the Crown's submission misrepresents Loblaw Financial's position. Loblaw

[76] Toutefois, il n'est pas nécessaire de tenir compte des prêts aux conducteurs pour satisfaire au critère d'absence de lien de dépendance. Comme le montrent les tableaux, les prêts aux conducteurs ont utilisé une part relativement faible des fonds de Glenhuron et ont généré un revenu relativement faible. Mon impression générale est que cette activité a occupé les salariés de Glenhuron plus que d'autres entreprises, par rapport à ses rendements, mais que, malgré tout, le nombre de salariés ayant pris part à cette activité était faible par rapport à l'activité commerciale principale qui nécessitait la participation active d'une équipe de placement pour acheter des titres de créance à court terme et conclure des opérations de swap.

[77] Je précise que les tableaux fournis par Loblaw Financial ne contiennent pas de renseignements financiers quant aux contrats à terme de capitaux propres. Loblaw Financial a justifié l'exclusion par le fait que les nouvelles cotisations établies par le ministre n'incluaient pas les gains ou pertes non réalisés de cette activité qui étaient déclarés dans les états financiers. Je ne suis pas convaincue que ce soit une raison suffisante pour exclure des tableaux les renseignements relatifs aux contrats à terme de capitaux propres. Cependant, de l'argent a été perdu sur une base cumulative avec ces contrats et la Couronne n'a pas fait valoir qu'il s'agissait d'une activité commerciale importante. Tout bien pesé, j'ai conclu que cette activité n'était pas significative par rapport aux activités principales de Glenhuron.

[78] Je vais maintenant examiner certaines des observations de la Couronne.

[79] Tout d'abord, la Couronne soutient que le critère de l'absence d'un lien de dépendance exige que le tribunal examine à la fois l'utilisation et la réception des fonds par Glenhuron. La Couronne affirme que Loblaw Financial a elle-même admis tout au long de l'instance que la réception et l'utilisation des fonds étaient des éléments des activités de Glenhuron en reconnaissant que Glenhuron exerçait des « activités bancaires internationales ».

[80] Les observations de Loblaw Financial devant la Cour canadienne de l'impôt n'ont pas été communiquées à notre Cour. Toutefois, sur la base des renseignements dont elle dispose, notre Cour constate que la Couronne présente

Financial did not represent that receipts were part of Glenhuron's business as the term "business" is understood for purposes of the definition of "investment business" in the ITA. Instead, Loblaw Financial represented that receipts were part of its international banking business for purposes of Barbados banking legislation. The two concepts are very different.

[81] The question presented by the Crown's submission is whether funds received by Glenhuron for use in its business were part of the conduct of Glenhuron's business for purposes of the definition of "investment business" in the ITA. For this purpose, the term "business" should be determined in accordance with Canadian law—not the law of Barbados.

[82] For purposes of the ITA, the term "business" generally means "anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit" (see *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), at page 258 and the definition of "business" in subsection 248(1) of the ITA).

[83] The relevance of this issue is whether capital invested by the Loblaw group was part of the conduct of Glenhuron's business. In light of the general meaning of "business", this is a factual determination. In my view, the capital investments by the Loblaw group were not part of Glenhuron's conduct of business.

[84] Applying the meaning of "business", there is no reason to conclude that the capital invested by the Loblaw group would have occupied the time and attention of Glenhuron in any meaningful way. Instead, the investments were part of Loblaw's global strategy to transfer funds from other affiliates to Glenhuron to the extent that the funds were surplus to Loblaw's business needs. It was a shareholder decision—and there is no reason to conclude that it involved business conducted by Glenhuron.

de manière inexacte la thèse de Loblaw Financial. Loblaw Financial n'a pas déclaré que la réception des fonds faisait partie de l'entreprise de Glenhuron, car le terme « entreprise » est compris aux fins de la définition d'« entreprise de placement » donnée dans la LIR. Au lieu de cela, Loblaw Financial a déclaré que la réception des fonds faisait partie de ses activités bancaires internationales aux fins des lois bancaires de la Barbade. Les deux concepts sont très différents.

[81] La question que soulèvent les observations de la Couronne est de savoir si les fonds qu'a reçus Glenhuron aux fins d'utilisation dans son entreprise faisaient partie de la conduite de l'entreprise de Glenhuron aux fins de la définition d'« entreprise de placement » donnée dans la LIR. À cette fin, le terme « entreprise » doit être défini conformément au droit canadien, et non au droit de la Barbade.

[82] Aux fins de la LIR, le terme « entreprise » signifie généralement [TRADUCTION] « quelque chose qui occupe le temps, l'attention et le travail d'un homme dans un but de réaliser un profit » (voir l'arrêt *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), à la page 258, et la définition du terme « entreprise » au paragraphe 248(1) de la LIR).

[83] Cette question est pertinente pour décider si le capital investi par le groupe Loblaw faisait partie de la conduite de l'entreprise de Glenhuron. Compte tenu de la signification générale du terme « entreprise », il s'agit d'une question de fait. À mon avis, les placements en capital du groupe Loblaw ne faisaient pas partie de la conduite de l'entreprise de Glenhuron.

[84] Si l'on applique le sens du terme « entreprise », il n'y a aucune raison de conclure que le capital investi par le groupe Loblaw aurait occupé le temps et l'attention de Glenhuron de manière significative. Ces placements s'inscrivaient plutôt dans la stratégie globale de Loblaw visant à transférer des fonds d'autres filiales vers Glenhuron dans la mesure où ces fonds dépassaient les besoins de l'entreprise. Il s'agissait d'une décision de l'actionnaire et il n'y a aucune raison de conclure qu'elle concernait l'entreprise menée par Glenhuron.

[85] I would also add that this approach is consistent with long-standing jurisprudence which draws a distinction between “capital to enable [people] to conduct their enterprises” and “the activities by which they earn their income” (*Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 287 [at page 298], [1948] 4 D.L.R. 817, at page 823, citing *Montreal Coke and Mfg. Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1944] 3 D.L.R. 545, [1944] A.C. 126 (P.C.)).

[86] Finally, the Crown submits that if Loblaw Financial’s position is accepted, the very target of the FAPI legislation, which is an investment portfolio held offshore, would be exempt. The concern is a valid one, but it does not enable a court to give the legislation a broader interpretation than it can reasonably bear. A gap in the legislation is for Parliament to address. It appears that Parliament may have now done so with the addition of subsection 95(2.11) of the ITA, but this is not relevant for purposes of this appeal.

[87] For these reasons, I conclude that Glenhuron’s FAPI is limited to its income in relation to investment management services provided to non-arm’s length persons. I would refer the reassessments back to the Minister for reassessment on this basis.

What is an appropriate award of costs?

[88] It is necessary to consider costs in this Court and the Tax Court.

[89] With respect to the appeal in this Court, costs will be awarded to Loblaw Financial based on the tariff.

[90] With respect to the Tax Court proceeding, I would make the costs order that the Tax Court should have given. The question is whether Loblaw Financial should be granted costs in excess of the tariff, and if so how much.

[85] J’ajouterais également que cette approche est conforme à une jurisprudence de longue date qui établit une distinction entre [TRADUCTION] « le capital destiné à permettre aux [personnes] de diriger leurs entreprises » et [TRADUCTION] « les activités par lesquelles elles gagnent leurs revenus » (*Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 287, à la page 298, citant *Montreal Coke and Mfg. Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1944] 3 D.L.R. 545, [1944] A.C. 126 (P.C.)).

[86] Enfin, la Couronne soutient que, si la thèse de Loblaw Financial est acceptée, la cible même de la loi concernant le REATB, qui est un portefeuille d’investissements détenus à l’étranger, serait exemptée. Cette préoccupation est valable, mais elle ne permet pas à un tribunal de donner à la loi une interprétation plus large que celle qu’elle peut raisonnablement recevoir. Il appartient au législateur de combler une lacune dans la loi. Il semble que le législateur l’ait maintenant fait avec l’ajout du paragraphe 95(2.11) de la LIR, mais cela n’est pas pertinent aux fins du présent appel.

[87] Pour ces motifs, je conclus que le REATB de Glenhuron est limité à son revenu lié aux services de gestion des placements fournis à des personnes ayant un lien de dépendance avec elle. Je renverrais les nouvelles cotisations au ministre pour l’établissement d’une nouvelle cotisation sur ce fondement.

Quelle somme convient-il de fixer pour l’adjudication des dépens?

[88] Il est nécessaire de prendre en considération les dépens devant notre Cour et la Cour canadienne de l’impôt.

[89] En ce qui concerne l’appel devant notre Cour, les dépens seront attribués à Loblaw Financial sur la base du tarif.

[90] En ce qui concerne l’instance devant la Cour canadienne de l’impôt, je rendrais l’ordonnance relative aux dépens que la Cour canadienne de l’impôt aurait dû rendre. La question est de savoir si Loblaw Financial doit se voir accorder des dépens supérieurs au tarif; dans l’affirmative, il faut en fixer le montant.

[91] The trial was lengthy, complex, and raised an important issue. It is clear that costs significantly above the tariff should be awarded. The Crown agreed in their submissions that this would be appropriate if Loblaw Financial were the successful party.

[92] The parties differ, however, as to amount that should be awarded. Loblaw Financial submits that an appropriate award for legal fees would be \$3.1 million which represents 50 percent of its claimed legal fees up to the date of its first settlement offer and 80 percent thereafter, for an aggregate 60 percent of total fees. The Crown submits that the award for legal fees should not be fixed, but should be a percentage of reasonable billed and paid fees. It suggests a percentage of 35 percent.

[93] The award of costs is not an exact science and in this case it is appropriate for this Court to fix the amount. In my view, an award of \$1.8 million plus reasonable disbursements is appropriate. This result is closer the Crown's position (35 percent) than Loblaw Financial's (60 percent).

[94] In reaching this conclusion, I have rejected Loblaw Financial's submission that the award should be significantly increased due to settlement offers it made and in light of certain conduct by the Crown.

[95] There were two settlement offers. Loblaw Financial's earlier offer was not a reasonable compromise and it does not justify an increased award. The later offer was based on a compromise but the offer was made quite late in the process. It also would not justify a significant increase in costs.

[96] With respect to the conduct of the Crown, to the extent that the Crown's conduct resulted in a lengthier and more difficult trial, the costs award reflects this to some extent. However, I am not of the view that the award should be substantially increased. There is no reason for me to believe that the Crown took positions that were not justified in the circumstances. The Tax Court did come to a different view on this, but the judge had

[91] Le procès a été long et complexe et a soulevé une question importante. Il est clair que des dépens nettement supérieurs au tarif devraient être attribués. La Couronne a convenu dans ses observations que cela serait approprié si Loblaw Financial obtenait gain de cause.

[92] Les parties sont toutefois en désaccord quant au montant qui devrait être accordé. Loblaw Financial soutient qu'il serait approprié d'accorder 3,1 millions de dollars pour les honoraires d'avocat, ce qui représente 50 p. 100 des honoraires d'avocat qu'elle a réclamés jusqu'à la date de sa première offre de règlement et 80 p. 100 par la suite, soit, en tout, 60 p. 100 du total des honoraires. La Couronne soutient que le montant des honoraires ne devrait pas être fixe, mais devrait correspondre à un pourcentage des honoraires raisonnables facturés et payés. Elle avance le chiffre de 35 p. 100.

[93] L'adjudication des dépens n'est pas une science exacte et, en l'espèce, il convient que notre Cour en fixe le montant. À mon avis, il conviendrait d'accorder 1,8 million de dollars, plus des débours raisonnables. Ce résultat est plus proche de la position de la Couronne (35 p. 100) que de celle de Loblaw Financial (60 p. 100).

[94] Pour arriver à cette conclusion, j'ai rejeté l'argument de Loblaw Financial selon lequel les dépens adjugés devraient être sensiblement augmentés en raison des offres de règlement qu'elle a faites et compte tenu de certains agissements de la Couronne.

[95] Il y a eu deux offres de règlement. La première offre de Loblaw Financial n'était pas un compromis raisonnable et ne justifie pas une augmentation des dépens adjugés. La deuxième offre reposait sur un compromis, mais elle a été faite assez tard dans le processus. Elle ne justifierait pas non plus une augmentation significative des dépens.

[96] L'adjudication des dépens tient compte, dans une certaine mesure, du fait que la conduite de la Couronne a rendu le procès plus long et plus difficile. Toutefois, je ne suis pas d'avis que les dépens adjugés devraient être considérablement augmentés. Je n'ai aucune raison de croire que la Couronne a pris des positions qui n'étaient pas justifiées dans les circonstances. La Cour canadienne de l'impôt a eu un avis différent à ce sujet, mais le juge a

the benefit of observing the trial as it unfolded and the Court's comments were in the context of the Crown being the successful party.

Conclusion

[97] I would allow the appeal, and set aside the decision of the Tax Court. In giving the decision that the Tax Court should have given, I would allow the appeal in the Tax Court, and refer the reassessments back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that Glenhuron's FAPI consists only of income from investment management services provided to non-arm's length parties.

[98] I would order costs to Loblaw Financial with respect to this appeal. With respect to costs in the Tax Court, I would set aside the award of costs by the Tax Court. In making the decision that the Tax Court should have given, I would award costs to Loblaw Financial in a fixed amount of \$1.8 million, plus reasonable disbursements.

LASKIN J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

eu l'avantage d'observer le déroulement du procès et les commentaires de la Cour se sont inscrits dans le contexte où elle avait donné gain de cause à la Couronne.

Conclusion

[97] J'accueillerais l'appel et j'annulerais la décision de la Cour canadienne de l'impôt. Pour rendre la décision que la Cour canadienne de l'impôt aurait dû rendre, j'accueillerais l'appel interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt et je renverrais les nouvelles cotisations au ministre en vue d'un réexamen et de l'établissement de nouvelles cotisations au motif que le REATB de Glenhuron ne consiste qu'en un revenu provenant de services de gestion des placements fournis à des parties ayant un lien de dépendance avec elle.

[98] J'accorderais les dépens à Loblaw Financial relativement au présent appel. En ce qui concerne les dépens devant la Cour canadienne de l'impôt, j'annulerais l'adjudication des dépens fixée par la Cour canadienne de l'impôt. Pour rendre la décision que la Cour canadienne de l'impôt aurait dû rendre, j'accorderais à Loblaw Financial des dépens d'un montant fixe de 1,8 million de dollars, plus les débours raisonnables.

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

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je suis d'accord.

APPENDIX A

ANNEXE A

Glenhuron's Assets

Year	Short-Term Debt Securities	Cross-Currency Swaps (Notional) ¹		Interest Rate Swaps (Notional)		Loans	Appeal Book Reference
	US\$ million	No.	US\$ million	No.	CADS million	US\$ million	
2000	709	53	661	31	833	-	Tab 16.A, p. 399, 404; Tab 81.A, p. 4528; Tab 81.L, p. 4541
2001	653	56	726	42	1,353	91	Tab 16.B, p. 411, 416-417; Tab 81.B, p. 4529; Tab 81.M, p. 4542
2002	707	59	787	41	1,347	91	Tab 16.C, p. 423, 428-430; Tab 81.C, p. 4530-4531; Tab 81.N, p. 4543
2003	765	63	861	32	1,160	96	Tab 16.D, p. 435, 440-442; Tab 81.D, p. 4532-4533; Tab 81.O, p. 4544
2004	681	57	796	21	988	106	Tab 16.E, p. 447, 452-454; Tab 81.E, p. 4534; Tab 81.P, p. 4545-4546
2005	724	54	746	13	723	-	Tab 16.F, p. 459, 465-466; Tab 81.F, p. 4535; Tab 81.Q, p. 4547-4548
2007	823	53	847	10	630	-	Tab 16.H, p. 483, 490; Tab 81.H, p. 4537; Tab 81.S, p. 4550-4551
2008	913	53	950	6	390	-	Tab 16.I, p. 496, 503; Tab 81.I, p. 4538; Tab 81.T, p. 4552
2010	977	55	1,028	3	200	-	Tab 16.K, p. 535, 543; Tab 81.K, p. 4540; Tab 81.V, p. 4554

Core Business Activities: Gross Operating Income
In US\$ millions

Year	GBL Total	Swaps	Short-Term Debt Securities	Loan Interest	Appeal Book Reference
2000	49.4	14.3 29%	34.1 69%	-	Tab 16.A, p. 400
2001	44.6	9.3 21%	32.2 72%	2.6 6%	Tab 16.B, p. 412
2002	55.8	30.3 54%	18 32%	7.7 14%	Tab 16.C, p. 424
2003	65.1	47.6 73%	9.5 15%	7.8 12%	Tab 16.D, p. 436
2004	59.5	41.4 70%	9.7 16%	8.1 14%	Tab 16.E, p. 448
2005	56.9	31.6 55%	21.9 38%	3.2 6%	Tab 16.F, p. 460
2007	88.6	47.6 54%	38.2 43%	-	Tab 16.H, p. 484
2008	72.7	48.2 66%	19.7 27%	-	Tab 16.I, p. 497
2010	60.5	55.5 92%	1.9 3%	-	Tab 16.K, p. 536

Non-Core Business Activities: Gross Operating Income
In US\$ millions

Year	GBL Total	Investment Management Fees	Related Party Loans	Loan Mgmt Fees	Appeal Book Reference
2000	49.4	0.7 1.4%	-	-	Tab 16.A, p. 400
2001	44.6	0.4 0.9%	-	-	Tab 16.B, p. 412
2002	55.8	0.5 0.9%	3.2 5.7%	-	Tab 16.C, p. 424; Tab 83.A, p. 4676-4679
2003	65.1	0.6 0.9%	-	-	Tab 16.D, p. 436
2004	59.5	0.6 1.0%	-	-	Tab 16.E, p. 448
2005	56.9	0.9 1.6%	-	0.3 0.5%	Tab 16.F, p. 460
2007	88.6	1.2 1.4%	1.0 1.1%	0.6 0.7%	Tab 16.H, p. 484
2008	72.7	1.4 1.9%	2.9 4.0%	0.6 0.8%	Tab 16.I, p. 497
2010	60.5	1.7 2.8%	1.5 2.5%	-	Tab 16.K, p. 536

Actifs de Glenhuron

[EN BLANC]	Titres de créance à court terme	Swaps de devises (valeur nominale)		Swaps de taux d'intérêt (valeur nominale)		Prêts	Référence du dossier d'appel
Année	\$ US (en millions)	Nbre	\$ US (en millions)	Nbre	\$ CAD (en millions)	\$ US (en millions)	[EN BLANC]
2000	709	53	661	31	833	-	Onglet 16.A, p. 399 et 404; onglet 81.A, p. 4528; onglet 81.L, p. 4541
2001	653	56	726	42	1 353	91	Onglet 16.B, p. 411, 416 à 417; onglet 81.B, p. 4529; onglet 81.M, p. 4542
2002	707	59	787	41	1 347	91	Onglet 16.C, p. 423 et 428 à 430; onglet 81.C, p. 4530 à 4531; onglet 81.N, p. 4543
2003	765	63	861	32	1 160	96	Onglet 16.D, p. 435, 440 à 442; onglet 81.D, p. 4532 à 4533; onglet 81.O, p. 4544
2004	681	57	796	21	988	106	Onglet 16.E, p. 447 et 452 à 454; onglet 81.E, p. 4534; onglet 81.P, p. 4545 à 4546
2005	724	54	746	13	723	-	Onglet 16.F, p. 459, 465 et 466; onglet 81.F, p. 4535; onglet 81.Q, p. 4547 à 4548
2007	823	53	847	10	630	-	Onglet 16.H, p. 483 et 490; onglet 81.H, p. 4537; onglet 81.S, p. 4550 à 4551
2008	913	53	950	6	390	-	Onglet 16.I, p. 496 et 503; onglet 81.I, p. 4538; onglet 81.T, p. 4552
2010	977	55	1 028	3	200	-	Onglet 16.K, p. 535 et 543; onglet 81.K, p. 4540; onglet 81.V, p. 4554

Activités commerciales de base : Revenu brut d'exploitation
En millions de \$ US

Année	Total pour GBL	Swaps	Titres de créance à court terme	Intérêt de prêts	Référence du dossier d'appel
2000	49.4	14.3 29 %	34.1 69 %	-	Onglet 16.A, p. 400
2001	44.6	9.3 21 %	32.2 72 %	2.6 6 %	Onglet 16.B, p. 412
2002	55.8	30.3 54 %	18 32 %	7.7 14 %	Onglet 16.C, p. 424
2003	65.1	47.6 73 %	9.5 15 %	7.8 12 %	Onglet 16.D, p. 436
2004	59.5	41.4 70 %	9.7 16 %	8.1 14 %	Onglet 16.E, p. 448
2005	56.9	31.6 55 %	21.9 38 %	3.2 6 %	Onglet 16.F, p. 460
2007	88.6	47.6 54 %	38.2 43 %	-	Onglet 16.H, p. 484
2008	72.7	48.2 66 %	19.7 27 %	-	Onglet 16.I, p. 497
2010	60.5	55.5 92 %	1.9 3 %	-	Onglet 16.K, p. 536

Activités commerciales non essentielles : Revenu brut d'exploitation
En millions de \$ US

Année	Total pour GBL	Frais de gestion des placements	Prêts aux parties liées	Frais de gestion des prêts	Référence du dossier d'appel
2000	49.4	0.7 1.4 %	-	-	Onglet 16.A, p. 400
2001	44.6	0.4 0.9 %	-	-	Onglet 16.B, p. 412
2002	55.8	0.5 0.9 %	3.2 5.7 %	-	Onglet 16.C, p. 424; onglet 83.A, p. 4676 à 4679
2003	65.1	0.6 0.9 %	-	-	Onglet 16.D, p. 436
2004	59.5	0.6 1.0 %	-	-	Onglet 16.E, p. 448
2005	56.9	0.9 1.6 %	-	0.3 0.5 %	Onglet 16.F, p. 460
2007	88.6	1.2 1.4 %	1.0 1.1 %	0.6 0.7 %	Onglet 16.H, p. 484
2008	72.7	1.4 1.9 %	2.9 4.0 %	0.6 0.8 %	Onglet 16.I, p. 497
2010	60.5	1.7 2.8 %	1.5 2.5 %	-	Onglet 16.K, p. 536

APPENDIX B

Definition for this Subdivision

95 (1) In this subdivision,

...

investment business of a foreign affiliate of a taxpayer means a business carried on by the foreign affiliate in a taxation year (other than a business deemed by subsection (2) to be a business other than an active business carried on by the foreign affiliate and other than a non-qualifying business of the foreign affiliate) the principal purpose of which is to derive income from property (including interest, dividends, rents, royalties or any similar returns or substitutes for such interest, dividends, rents, royalties or returns), income from the insurance or reinsurance of risks, income from the factoring of trade accounts receivable, or profits from the disposition of investment property, unless it is established by the taxpayer or the foreign affiliate that, throughout the period in the taxation year during which the business was carried on by the foreign affiliate,

(a) the business (other than any business conducted principally with persons with whom the affiliate does not deal at arm's length) is

(i) a business carried on by it as a foreign bank, a trust company, a credit union, an insurance corporation, or a trader or dealer in securities or commodities, the activities of which are regulated under the laws

(A) of each country in which the business is carried on through a permanent establishment in that country and of the country under whose laws the affiliate is governed and any of exists, was (unless the affiliate was continued in any jurisdiction) formed or organized, or was last continued,

(B) of the country in which the business is principally carried on, or

(C) if the affiliate is related to a non-resident corporation, of the country under whose laws that non-resident corporation is governed and any of exists, was (unless that non-resident corporation

ANNEXE B

Définitions applicables à la présente sous-section

95 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente sous-section.

[...]

entreprise de placement Entreprise exploitée par une société étrangère affiliée d'un contribuable au cours d'une année d'imposition (à l'exception d'une entreprise qui est réputée par le paragraphe (2) être une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement de la société affiliée et autre qu'une entreprise non admissible de cette société) dont le principal objet consiste à tirer un revenu de biens (y compris des intérêts, dividendes, loyers, redevances et rendements semblables et tous montants de remplacement de tels intérêts, dividendes, loyers, redevances ou rendements), un revenu de l'assurance ou de la réassurance de risques, un revenu provenant de l'affacturage de comptes clients ou des bénéfices provenant de la disposition de biens de placement, sauf si le contribuable ou la société affiliée établissent que les conditions ci-après étaient réunies tout au long de la période de l'année pendant laquelle la société affiliée a exploité l'entreprise :

a) l'entreprise, sauf celle menée principalement avec des personnes avec lesquelles la société affiliée a un lien de dépendance, présente l'une des caractéristiques suivantes :

(i) il s'agit d'une entreprise que la société affiliée exploite à titre de banque étrangère, de société de fiducie, de caisse de crédit, de compagnie d'assurance ou de négociateur ou courtier en valeurs mobilières ou en marchandises et dont les activités sont réglementées par les lois des pays suivants, selon le cas :

(A) chaque pays où l'entreprise est exploitée par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans ce pays, et le pays sous le régime des lois duquel la société affiliée est régie et, selon le cas, existe, a été constituée ou organisée (sauf si elle a été prorogée dans un territoire quelconque) ou a été prorogée la dernière fois,

(B) le pays où l'entreprise est principalement exploitée,

(C) si la société affiliée est liée à une société non-résidente, le pays sous le régime des lois duquel cette dernière est régie et, selon le cas, existe, a été constituée ou organisée (sauf si elle a été

was continued in any jurisdiction) formed or organized, or was last continued, if those regulating laws are recognized under the laws of the country in which the business is principally carried on and all of those countries are members of the European Union, or

(ii) the development of real property or immovables for sale, the lending of money, the leasing or licensing of property or the insurance or reinsurance of risks,

(b) either

(i) the affiliate (otherwise than as a member of a partnership) carries on the business (the affiliate being, in respect of those times, in that period of the year, that it so carries on the business, referred to in paragraph (c) as the “operator”), or

(ii) the affiliate carries on the business as a qualifying member of a partnership (the partnership being, in respect of those times, in that period of the year, that the affiliate so carries on the business, referred to in paragraph (c) as the “operator”), and

(c) the operator employs

(i) more than five employees full time in the active conduct of the business, or

(ii) the equivalent of more than five employees full time in the active conduct of the business taking into consideration only

(A) the services provided by employees of the operator, and

(B) the services provided outside Canada to the operator by any one or more persons each of whom is, during the time at which the services were performed by the person, an employee of

(I) a corporation related to the affiliate (otherwise than because of a right referred to in paragraph 251(5)(b)),

(II) in the case where the operator is the affiliate,

1 a corporation (referred to in this subparagraph as a “providing shareholder”)

prorogée dans un territoire quelconque) ou a été prorogée la dernière fois, si ces lois sont reconnues par les lois du pays où l’entreprise est principalement exploitée et si ces pays sont tous membres de l’Union européenne,

(ii) elle consiste à mettre en valeur des immeubles ou des biens réels en vue de leur vente, à prêter de l’argent, à louer des biens, à concéder des licences sur des biens ou à assurer ou à réassurer des risques;

b) selon le cas :

(i) la société affiliée exploite l’entreprise autrement qu’à titre d’associé d’une société de personnes (la société affiliée étant appelée « exploitant » à l’alinéa c) pour ce qui est des moments, compris dans la période en cause, où elle exploite ainsi l’entreprise),

(ii) la société affiliée exploite l’entreprise à titre d’associé admissible d’une société de personnes (cette dernière étant appelée « exploitant » à l’alinéa c) pour ce qui est des moments, compris dans la période en cause, où la société affiliée exploite ainsi l’entreprise;

c) l’exploitant emploie, selon le cas :

(i) plus de cinq personnes à plein temps pour assurer la conduite active de l’entreprise,

(ii) l’équivalent de plus de cinq personnes à plein temps pour assurer la conduite active de l’entreprise, compte tenu uniquement des services suivants :

(A) les services fournis par ses employés,

(B) les services que lui fournissent à l’étranger une ou plusieurs personnes dont chacune est, pendant la période où elle a exécuté les services, l’employé d’une des entités suivantes :

(I) une société liée à la société affiliée autrement qu’à cause d’un droit visé à l’alinéa 251(5)b),

(II) dans le cas où l’exploitant est la société affiliée :

1 une société (appelée « actionnaire fournisseur » au présent sous-alinéa)

that is a qualifying shareholder of the affiliate,

2 a designated corporation in respect of the affiliate, or

3 a designated partnership in respect of the affiliate, and

(III) in the case where the operator is the partnership described in subparagraph (b)(ii),

1 any person (referred to in this subparagraph as a “providing member”) who is a qualifying member of that partnership,

2 a designated corporation in respect of the affiliate, or

3 a designated partnership in respect of the affiliate,

if the corporations referred to in subclause (B)(I) and the designated corporations, designated partnerships, providing shareholders or providing members referred to in subclauses (B)(II) and (III) receive compensation from the operator for the services provided to the operator by those employees the value of which is not less than the cost to those corporations, partnerships, shareholders or members of the compensation paid or accruing to the benefit of those employees that performed the services during the time at which the services were performed by those employees; (*entreprise de placement*)

qui est un actionnaire admissible de la société affiliée,

2 une société désignée relativement à la société affiliée,

3 une société de personnes désignée relativement à la société affiliée,

(III) dans le cas où l’exploitant est la société de personnes visée au sous-alinéa b)(ii) :

1 une personne (appelée « associé fournisseur » au présent sous-alinéa) qui est un associé admissible de la société de personnes,

2 une société désignée relativement à la société affiliée,

3 une société de personnes désignée relativement à la société affiliée,

à condition que les sociétés visées à la subdivision (B)(I) et les sociétés désignées, sociétés de personnes désignées, actionnaires fournisseurs ou associés fournisseurs visés aux subdivisions (B)(II) et (III) reçoivent de l’exploitant, en règlement des services qui lui sont fournis par ces employés, une rétribution d’une valeur au moins égale au coût, pour ces sociétés, sociétés de personnes, actionnaires ou associés, de la rétribution payée aux employés ayant exécuté les services, ou constituée pour leur compte, pendant l’exécution de ces services. (*investment business*)

A-259-17
2020 FCA 77

A-259-17
2020 CAF 77

York University (*Appellant*)

Université York (*appelante*)

v.

c.

The Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”) (*Respondent*)

The Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») (*intimée*)

and

et

Universities Canada, Canadian Association of University Teachers, Canadian Federation of Students, Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada, Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers’ Council and The Writers’ Union of Canada (*Interveners*)

Universités Canada, Association Canadienne des professeures et professeurs d’université, Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, Consortium du droit d’auteur du Conseil des ministres de l’Éducation (Canada), Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers’ Council et The Writers’ Union of Canada (*intervenants*)

INDEXED AS: YORK UNIVERSITY v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (“ACCESS COPYRIGHT”)

RÉPERTORIÉ: UNIVERSITÉ YORK C. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (« ACCESS COPYRIGHT »)

Federal Court of Appeal, Pelletier, de Montigny and Woods J.J.A.—Ottawa, March 5 and 6, 2019 and April 22, 2020.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, de Montigny et Woods, J.C.A.—Ottawa, 5 et 6 mars 2019 et 22 avril 2020.

Copyright — Infringement — Tariffs — Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s action to enforce interim tariff issued by Copyright Board under Copyright Act, s. 68.2(1) — Respondent, collective society which administers reproduction rights in published literary works, collects royalties, distributes them to copyright holders — Appellant, Canada’s third-largest university — Both respondent, appellant parties to licence agreement permitting appellant’s professors to make copies of portions of textbooks, other published works in respondent’s repertoire — Later, given uncertainty about licence agreement renewal, respondent filing proposed tariff with Copyright Board for post-secondary educational institutions, applying to Board for interim decision — Asking that existing licensing regime continue to apply until Board certified tariff for period in question — Board finally issuing interim tariff, which incorporated licence agreement royalty rates — Appellant deciding to “opt out” of tariff — Appellant operating without benefit of licence from respondent, introducing its “Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff” — Relying on Guidelines to help avoid copyright infringement — Appellant’s faculty, staff copied significant amounts of material for which appellant paid no licence fees or royalties — In

Droit d’auteur — Violation — Tarifs — Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli l’action intentée par l’intimée pour faire exécuter un tarif provisoire homologué par la Commission du droit d’auteur en vertu de l’art. 68.2(1) de la Loi sur le droit d’auteur — L’intimée est une société de gestion qui administre les droits de reproduction d’œuvres littéraires publiées, perçoit les redevances et les distribue aux titulaires de droits d’auteur — L’appelante est la troisième université en importance au Canada — L’intimée et l’appelante étaient parties à un contrat de licence qui permettait aux professeurs de l’appelante de copier des parties de manuels scolaires ainsi que d’autres œuvres publiées figurant dans le répertoire de l’intimée — Par la suite, parce qu’elle ne savait pas si le contrat de licence serait renouvelé, l’intimée a déposé un projet de tarif auprès de la Commission du droit d’auteur visant les établissements d’enseignement postsecondaire et a demandé une décision provisoire à la Commission — Elle a demandé le maintien du régime d’octroi de licences existant jusqu’à ce que la Commission homologue un tarif pour la période en question — La Commission a finalement établi un tarif provisoire, qui prévoyait des redevances dans le cadre d’un contrat

action against appellant, respondent claiming appellant had infringed copyright in works in its repertoire; therefore, liable for amounts specified in interim tariff — Whether final tariff enforceable or “mandatory” — Tariff approved by Copyright Board not “mandatory” — Collective society/tariff regime are means of regulating licensing schemes which, by definition, are consensual — While modifications made in statutory language used between 1936 and 2012, continuous references to licensing schemes, retention of key elements of 1936 Copyright Act leaving little doubt that tariffs not mandatory — Thus, collective societies not entitled to enforce terms of their approved tariff against non-licensees — In conclusion, final tariff would not be enforceable against appellant because tariffs not binding non-licensees — Consequently, interim tariff also not binding — Acts of infringement not turning infringers into licensees so as to make them liable for payment of royalties — Therefore, validity of appellant’s Guidelines as defence to respondent’s action not arising because tariff not mandatory, respondent could not maintain copyright infringement action — Appeal from judgment on action to enforce interim tariff allowed.

Copyright — Infringement — Fair dealing — Appeal from Federal Court decision dismissing counterclaim against respondent’s action to enforce interim tariff issued by Copyright Board under Copyright Act, s. 68.2(1) — Both respondent, appellant parties to licence agreement permitting appellant’s professors to make copies of published works in respondent’s repertoire — Later, given uncertainty about licence agreement renewal, respondent filing proposed tariff with Copyright Board for post-secondary educational institutions, applying to Board for interim decision — Board issuing interim tariff, which incorporated licence agreement royalty rates — Appellant deciding to “opt out” of tariff, operating without benefit of licence from respondent — Appellant introducing its “Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff” which appellant relied upon to help avoid copyright infringement — Appellant’s faculty, staff copied significant amounts of material

de licence — L’appelante a décidé de « se soustraire » au tarif — L’appelante a exercé ses activités sans licence de l’intimée et a adopté ses « Lignes directrices sur l’utilisation équitable à l’intention des professeurs et du personnel administratif de l’Université » — Elle s’est appuyée sur les Lignes directrices pour éviter toute violation du droit d’auteur — Les professeurs et le personnel administratif de l’appelante ont reproduit une grande quantité de documents pour lesquels l’appelante n’a payé ni droits de licence ni redevances — Dans une action qu’elle a intentée contre l’appelante, l’intimée a fait valoir que l’appelante avait violé le droit d’auteur sur des œuvres de son répertoire et qu’elle était donc redevable des sommes figurant au tarif provisoire — Il s’agissait de savoir si un tarif définitif est exécutoire ou « obligatoire » — Le tarif homologué par la Commission du droit d’auteur n’était pas « obligatoire » — Le régime conjuguant société de gestion et tarif est un moyen de régir les systèmes d’octroi de licences qui, par définition, sont consensuels — Malgré les modifications apportées au libellé de la Loi entre 1936 et 2012, les renvois répétés aux systèmes d’octroi de licences et le maintien des éléments clés de la Loi sur le droit d’auteur de 1936 ne laissent guère de doute quant au fait que les tarifs ne sont pas obligatoires — Donc, les sociétés de gestion n’ont pas le droit de faire appliquer les modalités de leur tarif homologué à des personnes qui ne sont pas titulaires de licence — En conclusion, un tarif définitif ne serait pas opposable à l’appelante, parce que les tarifs ne lient pas les personnes qui ne sont pas titulaires de licence — En conséquence, le tarif provisoire n’est pas exécutoire lui non plus — Les violations de droit d’auteur ne transforment pas les contrevenants en titulaires de licence tenus de payer des redevances — Par conséquent, la question de la validité des Lignes directrices de l’appelante comme moyen de défense contre l’action de l’intimée ne se posait pas étant donné que le tarif n’était pas obligatoire et que l’intimée ne pouvait pas intenter d’action en violation du droit d’auteur — Appel de la décision rendue dans le cadre de l’action visant à faire exécuter un tarif provisoire accueilli.

Droit d’auteur — Violation — Utilisation équitable — Appel interjeté à l’encontre de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande reconventionnelle instituée contre l’action de l’intimée visant à faire exécuter un tarif provisoire homologué par la Commission du droit d’auteur en vertu de l’art. 68.2(1) de la Loi sur le droit d’auteur — L’intimée et l’appelante étaient parties à un contrat de licence qui permettait aux professeurs de l’appelante de copier des œuvres publiées figurant dans le répertoire de l’intimée — Par la suite, parce qu’elle ne savait pas si le contrat de licence serait renouvelé, l’intimée a déposé un projet de tarif auprès de la Commission du droit d’auteur visant les établissements d’enseignement postsecondaire et a demandé une décision provisoire à la Commission — La Commission a établi un tarif provisoire, qui prévoyait des redevances dans le cadre d’un contrat de licence — L’appelante a décidé de « se soustraire » au tarif et a exercé

for which appellant paid no licence fees or royalties — In counterclaim, appellant seeking declaration that any reproductions made in compliance with Guidelines constituting fair dealing under Act, s. 29 — Whether appellant's Guidelines constituted fair dealing — Factors set out by S.C.C. in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* applied to Guidelines — Two-step process to assess fair dealing outlined in case law also applied — Person invoking "fair dealing" must satisfy both aspects of test — Appellant having to justify Guidelines since not attempting to show fair dealing of students — As copier, incumbent on appellant to ensure that Guidelines implemented according to their intent, since integrity of Guidelines, appellant's practice at heart of its claim of fair dealing — Federal Court's finding that safeguards absent undermined appellant's claim to fair dealing — Federal Court entitled to inquire into appellant's real purpose in using copyrighted work — Conclusions respecting appellant's purpose in adopting Guidelines unequivocal, clear indication of unfairness — Federal Court not erring when concluding that Guidelines tending towards unfairness either in aggregate or in amount of copying, which appellant not justifying beyond invoking education as allowable purpose — Regarding amount of dealing, Federal Court considered this factor as core of fair dealing analysis — Concluded that nothing fair about amount of dealing contemplated by appellant's Guidelines — Appellant trying to defend copying practices by reference to user's perspective, not leading any evidence as to students' use of copied works to show practice fair — To extent appellant relying on user's perspective, not demonstrating either in Federal Court or on appeal how copying pursuant to Guidelines fair from students' point of view — With respect to factor of alternatives to dealing, Federal Court found that appellant not considering existing or potential alternatives to dealing — No need to interfere with Federal Court's conclusion on this factor — As to effect of dealing, Federal Court concluding that Guidelines causing, would cause material negative impacts on market for which respondent would otherwise have been compensated for appellant's copying, that negative impacts pointing to unfairness — None of appellant's submissions sufficient to show that Federal Court falling into palpable, overriding error on question of fact or mixed fact, law — In conclusion, given relief appellant seeking, incumbent thereon to justify Guidelines themselves to allow Court to declare that reproductions that fell within Guidelines were fair dealing but appellant not doing so — Appeal from judgment on counterclaim dismissed.

ses activités sans licence de l'intimée — L'appelante a adopté ses « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel administratif de l'Université », sur lesquelles elle s'est appuyée pour éviter toute violation du droit d'auteur — Les professeurs et le personnel administratif de l'appelante ont reproduit une grande quantité de documents pour lesquels l'appelante n'a payé ni droits de licence ni redevances — Dans sa demande reconventionnelle, l'appelante a demandé une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées conformément à ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable au titre de l'art. 29 de la Loi — Il s'agissait de savoir si les Lignes directrices de l'appelante constituaient une utilisation équitable — Les facteurs établis par la C.S.C. dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* ont été appliqués aux Lignes directrices — Un processus en deux volets servant à évaluer si l'utilisation était équitable, établi dans la jurisprudence, a été appliqué également — Il incombe à la personne qui invoque l'« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets — L'appelante n'ayant pas tenté de prouver que ses étudiants avaient fait une utilisation équitable des copies, elle était tenue de justifier ses Lignes directrices — Il incombait à l'appelante, en tant qu'auteur des copies, de veiller à ce que ses Lignes directrices soient mises en œuvre conformément à leur but, puisque l'intégrité des Lignes directrices et la pratique de l'appelante étaient au cœur de sa thèse d'utilisation équitable — La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les garanties étaient inexistantes ont affaibli la thèse de l'appelante quant à l'utilisation équitable — La Cour fédérale avait le droit de rechercher le but réel de l'utilisation par l'appelante de l'œuvre protégée — Ses conclusions quant au but que visait l'appelante en adoptant ses Lignes directrices étaient sans équivoque et indiquaient clairement qu'il y avait iniquité — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que les Lignes directrices tendaient vers l'iniquité, que ce soit globalement ou du point de vue du nombre de reproductions, que l'appelante n'a pu justifier autrement qu'en affirmant que l'éducation était une fin permise — En ce qui concerne l'ampleur de l'utilisation, la Cour fédérale a considéré que ce facteur était au cœur de l'analyse de l'utilisation équitable — Elle a conclu qu'il n'y avait rien d'équitable dans l'ampleur de l'utilisation envisagée par les Lignes directrices de l'appelante — L'appelante a tenté de défendre ses pratiques de reproduction en renvoyant au point de vue de l'utilisateur, mais elle n'a fourni aucune preuve démontrant que les étudiants faisaient une utilisation équitable des œuvres copiées — L'appelante, parce qu'elle s'est fondée sur la perspective de l'utilisateur, n'a démontré ni devant la Cour fédérale ni en appel en quoi la reproduction effectuée sous le régime de ses Lignes directrices était équitable du point de vue des étudiants — En ce qui concerne les solutions de rechange à l'utilisation, la Cour fédérale a estimé que l'appelante n'avait pas considéré l'utilisation de solutions de rechange existantes ou éventuelles — Il n'était pas nécessaire de modifier la conclusion de la Cour fédérale relativement

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the respondent's action to enforce an interim tariff approved by the Copyright Board and dismissing the appellant's counterclaim. The respondent is a collective society which administers the reproduction rights in published literary works and collects royalties and distributes them to copyright holders. The appellant is Canada's third-largest university, having over 50 000 students and approximately 1 500 full-time faculty members. From 1994 to 2010, the respondent and appellant were parties to a licence agreement permitting the appellant's professors to make copies of portions of textbooks and other published works in the respondent's repertoire. In March 2010, when the respondent was uncertain if the renewal of the licence agreement could be finalized before its expiry, it filed a proposed tariff with the Copyright Board for post-secondary educational institutions covering the years 2011–2013. In light of the rapidly approaching expiry date of the licence agreement, the respondent applied to the Board for an interim decision. It asked that the existing licensing regime continue to apply until the Board certified a tariff for the period in question. On December 23, 2010, the Board granted the respondent's application and issued an interim tariff, which incorporated the licence agreement royalty rates. The interim tariff took effect on January 1, 2011. Initially, the appellant complied with the terms of the interim tariff but, in July of 2011, the appellant formally notified the respondent of its decision to “opt out” of the tariff as of August 31, 2011. As of September 1, 2011, the appellant was operating without the benefit of a licence from the respondent. Instead, the appellant introduced its “Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff”. It relied on these Guidelines, which were created to help the university avoid copyright infringement. The appellant's faculty and staff copied significant amounts of material for which the appellant paid no licence fees or royalties. The appellant's decision to opt out of the tariff prompted the respondent to start an action in the Federal Court to enforce the interim tariff under subsection 68.2(1) of the *Copyright Act*. The foundation of the

à ce facteur — En ce qui concerne l'effet de l'utilisation, la Cour fédérale a conclu que les Lignes directrices ont causé et causeraient des répercussions négatives importantes sur le marché sur lequel l'intimée aurait autrement obtenu compensation pour la reproduction effectuée par l'appelante et que ces répercussions négatives faisaient pencher la balance du côté du caractère inéquitable des Lignes directrices — Aucune des observations de l'appelante ne suffisait pour démontrer que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit — En conclusion, compte tenu de la mesure demandée par l'appelante, il lui incombait de justifier les Lignes directrices pour que la Cour puisse déclarer que les reproductions faites au titre des Lignes directrices constituaient une utilisation équitable, mais l'appelante ne l'a pas fait — Appel de la décision rendue dans la demande reconventionnelle rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli l'action intentée par l'intimée pour faire exécuter un tarif provisoire homologué par la Commission du droit d'auteur et rejeté la demande reconventionnelle de l'appelante. L'intimée est une société de gestion qui administre les droits de reproduction d'œuvres littéraires publiées, perçoit les redevances et les distribue aux titulaires de droits d'auteur. L'appelante est la troisième université en importance au Canada et compte plus de 50 000 étudiants et environ 1 500 membres du corps professoral à temps plein. De 1994 à 2010, l'intimée et l'appelante étaient parties à un contrat de licence qui permettait aux professeurs de l'appelante de copier des parties de manuels scolaires ainsi que d'autres œuvres publiées figurant dans le répertoire de l'intimée. En mars 2010, lorsque l'intimée ne savait pas si le contrat de licence serait renouvelé avant son expiration, elle a déposé un projet de tarif auprès de la Commission du droit d'auteur visant les établissements d'enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2013. Compte tenu de l'expiration imminente du contrat de licence, l'intimée a demandé une décision provisoire à la Commission. Elle a demandé le maintien du régime d'octroi de licences existant jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif pour la période en question. Le 23 décembre 2010, la Commission a accueilli la demande de l'intimée et a établi un tarif provisoire, qui prévoyait des redevances dans le cadre d'un contrat de licence. Le tarif provisoire est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Dans un premier temps, l'appelante a respecté les modalités du tarif provisoire. Toutefois, en juillet 2011, elle a informé officiellement l'intimée de sa décision de « se soustraire » au tarif à partir du 31 août 2011. À compter du 1^{er} septembre 2011, l'appelante a exercé ses activités sans licence de l'intimée. Elle s'est plutôt appuyée sur ses « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel administratif de l'Université », qui avaient été créées pour l'aider à éviter toute violation du droit d'auteur. Les professeurs et le personnel administratif de l'appelante ont reproduit une grande quantité de documents pour

respondent's claim was that the appellant had infringed copyright in works in its repertoire and was therefore liable for the amounts specified in the interim tariff and that some of the appellant's professors had, after September 1, 2011, made unauthorized copies of in-repertoire works. In response to the action, the appellant filed a counterclaim seeking a declaration that any reproductions made in compliance with its Guidelines constituted fair dealing under section 29 of the Act.

The Federal Court began its analysis by addressing the question of the mandatory effect of the tariff. A review of legislative history and statutory interpretation led it to conclude that Board tariffs are mandatory. It then turned to the counterclaim and the appellant's Guidelines. The Federal Court reviewed the extensive evidence on the quantity and quality of copying which took place at the appellant pursuant to the Guidelines. It then addressed the question of the fairness of the Guidelines by examining them in light of the factors to assess fairness used by the Supreme Court in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*. The Federal Court found that four of the factors, specifically, the character of the dealing, the amount of the dealing, the nature of the work and the effect of the dealing tended to show the unfairness of the Guidelines, while the other two factors, the purpose of the dealing and the alternatives to the dealing, tended to show their fairness.

On appeal, the appellant argued that the Federal Court erred in concluding that copying which fell within its Guidelines was not "fair dealing" within the meaning of section 29 of the Act; that an interim tariff is not an approved tariff and is therefore unenforceable by action; and that in any event, even if the interim tariff was an approved tariff, it would only apply to those who chose to become licensees. The respondent argued the tariffs are mandatory and that the meaning of the word "tariff" is unequivocal and means "a schedule or system of duties imposed by a government on goods". This led it to conclude that a copyright tariff is imposed on users, whether the user agrees to be bound or not.

The main issue on appeal was whether a final tariff is enforceable or "mandatory" and on the counterclaim whether the appellant's Guidelines constituted fair dealing.

lesquels l'appelante n'a payé ni droits de licence ni redevances. La décision de l'appelante de se soustraire au tarif a amené l'intimée à engager une action devant la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire au titre du paragraphe 68.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le fondement de l'action de l'intimée était, d'une part, que l'appelante avait violé le droit d'auteur sur des œuvres de son répertoire et était donc redevable des sommes figurant au tarif provisoire et, d'autre part, que certains professeurs de l'appelante avaient, après le 1^{er} septembre 2011, fait des copies non autorisées d'œuvres du répertoire. En réponse à cette action, l'appelante a déposé une demande reconventionnelle afin d'obtenir une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées conformément à ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable au titre de l'article 29 de la Loi.

La Cour fédérale a commencé son analyse en se penchant sur la question du caractère obligatoire du tarif. Un examen de l'évolution de la disposition et de l'interprétation législative l'a menée à la conclusion que les tarifs de la Commission sont obligatoires. La Cour fédérale s'est ensuite penchée sur la demande reconventionnelle et les Lignes directrices de l'appelante. La Cour fédérale a examiné les nombreux éléments de preuve relatifs à la quantité et à la qualité des reproductions qui ont été faites à l'appelante conformément aux Lignes directrices. Elle s'est ensuite penchée sur leur caractère équitable en les examinant à la lumière des facteurs utilisés par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* pour évaluer le caractère équitable. La Cour fédérale a estimé que quatre de ces facteurs, à savoir la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, tendaient à démontrer le caractère inéquitable des Lignes directrices, tandis que les deux autres, le but de l'utilisation et les solutions de rechange à l'utilisation, tendaient à démontrer leur équité.

En appel, l'appelante a soutenu que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que les reproductions faites ne constituaient pas une « utilisation équitable » au sens de l'article 29 de la Loi; qu'un tarif provisoire n'est pas un tarif homologué et n'est donc pas exécutoire par voie d'action; qu'en tout état de cause, même si le tarif provisoire était un tarif homologué, il ne s'appliquerait qu'à ceux qui ont choisi de devenir titulaires de licences. L'intimée a fait valoir que les tarifs sont obligatoires et que le sens du mot « tarif » est sans équivoque et signifie « un barème ou un système de droits imposés par le gouvernement sur des marchandises ». Elle en a conclu qu'un tarif sur le droit d'auteur est imposé aux utilisateurs, que l'utilisateur ait ou non accepté d'y être lié.

Il s'agissait principalement de savoir en appel si un tarif définitif est exécutoire ou « obligatoire » et, dans la demande reconventionnelle, si les Lignes directrices de l'appelante constituaient une utilisation équitable.

Held, the appeal from the judgment on the action to enforce the interim tariff should be allowed and the appeal from the judgment on the counterclaim should be dismissed.

A tariff approved by the Copyright Board, as the appellant’s interim tariff was, is not “mandatory” in the sense that it is enforceable against anyone whose use of the protected works is an infringement of the copyright owner’s exclusive rights. It had to be determined whether the interposition of the Copyright Board between the user and the rights owner changes the relationship between them. This turned on the effect of the Board’s approval of a collective society’s proposed royalties. This was a question with a long history, which was best understood through a step-by-step historical review.

The collective society/tariff regime is a means of regulating licensing schemes which, by definition, are consensual. While there have been modifications in the statutory language used between 1936 and 2012, the continuous references to licensing schemes and the retention of the key elements of the 1936 *Copyright Act* left little doubt that tariffs are not mandatory, which is to say that collective societies are not entitled to enforce the terms of their approved tariff against non-licensees. The advantage of collective societies is that they allow rights holders to pool their resources to enable them to economically enforce their rights. This advantage exists even in the absence of mandatory tariffs. Furthermore, to the extent that the Internet creates many opportunities for infringement, the enforcement of mandatory tariffs against many individual infringers is no different than prosecuting infringement actions against many individual infringers. The statutory remedy is collective enforcement, not the substitution of one prohibited act for another. In conclusion, a final tariff would not be enforceable against the appellant because tariffs do not bind non-licensees. If a final tariff is not binding, the conclusion could hardly be different for an interim tariff. Acts of infringement do not turn infringers into licensees so as to make them liable for the payment of royalties. Infringers are subject to an action for infringement and liability for damages but only at the instance of the copyright owner, its assignee or exclusive licensee. In the course of the hearing in this matter, the respondent candidly admitted that, given its agreement with its members, it could not sue the appellant for infringement in the event that some or all of the copies made by the appellant were infringing copies. However, the respondent claimed the right to enforce the tariff against non-licensee infringers; yet, if the tariff is not mandatory, then there can be no right to enforce it. As a result, the validity of the appellant’s Guidelines as a defence to the respondent’s action did not arise because the tariff was not mandatory and the respondent could not maintain a copyright infringement action.

Arrêt : l’appel à l’encontre de la décision rendue dans l’action visant à faire exécuter le tarif provisoire doit être accueilli et l’appel à l’encontre de la décision rendue dans la demande reconventionnelle doit être rejeté.

Un tarif homologué par la Commission du droit d’auteur, comme l’était le tarif provisoire de l’appelante, n’est pas « obligatoire », c’est-à-dire qu’il n’est pas opposable à toute personne dont l’utilisation des œuvres protégées constitue une violation des droits exclusifs du titulaire du droit d’auteur. La question était de savoir si le fait que la Commission du droit d’auteur se trouve interposée entre l’utilisateur et le titulaire des droits modifie la relation entre ces deux personnes. Cette relation dépendait de l’effet de l’approbation par la Commission des redevances proposées par une société de gestion. Cette question ne datait pas d’hier; pour mieux y répondre, il convenait de procéder à l’examen détaillé de l’historique de la disposition, étape par étape.

Le régime conjuguant société de gestion et tarif est un moyen de régir les systèmes d’octroi de licences qui, par définition, sont consensuels. Malgré les modifications apportées au libellé de la Loi entre 1936 et 2012, les renvois répétés aux systèmes d’octroi de licences et le maintien des éléments clés de la *Loi sur le droit d’auteur* de 1936 ne laissent guère de doute quant au fait que les tarifs ne sont pas obligatoires, c’est-à-dire que les sociétés de gestion n’ont pas le droit de faire appliquer les modalités de leur tarif homologué à des personnes qui ne sont pas titulaires de licence. L’avantage des sociétés de gestion est qu’elles permettent aux titulaires de droits de mettre en commun leurs ressources pour faire valoir leurs droits à moindre coût. Cet avantage existe même s’il n’y a pas de tarifs obligatoires. En outre, pour ce qui est des nombreuses possibilités de violation créées par Internet, il n’y a pas de différence entre faire appliquer des tarifs obligatoires à l’égard de nombreux contrefacteurs individuels et tenter des actions en violation contre de nombreux contrefacteurs individuels. La mesure prévue par la Loi est la défense collective de droits, et non le remplacement d’un acte interdit par un autre. En conclusion, un tarif définitif ne serait pas opposable à l’appelante, parce que les tarifs ne lient pas les personnes qui ne sont pas titulaires de licence. Si les tarifs définitifs ne sont pas contraignants, la conclusion ne peut guère être différente pour un tarif provisoire. Les violations de droit d’auteur ne transforment pas les contrevenants en titulaires de licence tenus de payer des redevances. Les personnes commettant une violation peuvent faire l’objet d’une action en violation et être tenues de payer des dommages-intérêts, mais uniquement sur demande du titulaire du droit d’auteur, de son cessionnaire ou du titulaire d’une licence exclusive. Lors de l’audience dans cette affaire, l’intimée a admis avec franchise que, compte tenu de ses ententes avec ses membres, elle ne pouvait pas poursuivre l’appelante pour violation du droit d’auteur si tout ou partie des copies réalisées par l’appelante étaient des copies contrefaites. Cependant, l’intimée a revendiqué le droit de faire appliquer

With respect to the appellant's counterclaim, the appellant sought a declaration that copies made in compliance with its Guidelines came within section 29 of the Act as fair dealing. In other words, such copies are not an infringement of the rights holders' copyright. The issue called for the application of the fairness factors set out in the Supreme Court of Canada's decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* to the Guidelines. Such factors include the purpose of the dealing; the character of the dealing; the amount of the dealing; alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work. Furthermore, the two-step process to assess fair dealing outlined in subsequent Supreme Court case law was applied. The steps are whether the dealing is for the purpose of either "research" or "private study", the two allowable purposes listed under section 29 of Act. The second step assesses whether the dealing is "fair". The onus is on the person invoking "fair dealing" to satisfy both aspects of the test.

Concerning the purpose of the dealing, since the appellant did not attempt to show the fair dealing of its students and given that it put its Guidelines at the centre of its justification, the appellant was bound to justify its Guidelines. As the copier, it was incumbent on the appellant to ensure that its Guidelines were implemented according to their intent, since the integrity of the Guidelines and the appellant's practice were at the heart of its claim of fair dealing. The Federal Court's finding that the safeguards were virtually absent undermined the appellant's claim to fair dealing. The Federal Court was entitled to inquire into the appellant's real purpose or motive in using the copyrighted work, which it found was, in particular, to obtain for free that which the appellant had previously paid for. The Federal Court's inquiry was legitimate, having regard to the Supreme Court's teaching in *CCH*. The Federal Court erred but not for the reasons the appellant identified. It fell into palpable and overriding error in importing education as an "allowable purpose" into its analysis of the goal of the dealing. Its conclusions with respect to the appellant's purpose in adopting its Guidelines were unequivocal and were a clear indication of unfairness.

le tarif à l'égard des contrefacteurs qui ne sont pas titulaires de licence; or, si le tarif n'est pas obligatoire, il ne peut y avoir de droit de le faire appliquer. Par conséquent, la question de la validité des Lignes directrices de l'appelante comme moyen de défense contre l'action de l'intimée ne se posait pas étant donné que le tarif n'était pas obligatoire et que l'intimée ne pouvait pas intenter d'action en violation du droit d'auteur.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle déposée par l'appelante, cette dernière a demandé une déclaration selon laquelle les copies faites conformément à ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable au sens de l'article 29 de la Loi. Autrement dit, ces copies ne constituent pas une violation du droit d'auteur des titulaires de droits. Pour trancher la question en litige, il fallait appliquer aux Lignes directrices les facteurs liés au caractère équitable énoncés dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* par la Cour suprême du Canada. Ces facteurs sont le but de l'utilisation; la nature de l'utilisation; l'ampleur de l'utilisation; les solutions de rechange à l'utilisation; la nature de l'œuvre; et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. En outre, le processus en deux volets servant à évaluer si l'utilisation était équitable, que la Cour suprême a établi par la suite, a été appliqué. Premièrement, il s'agit de savoir si l'utilisation a pour but l'« étude privée » ou la « recherche », les deux fins permises à l'art. 29 de la Loi. Deuxièmement, il s'agit de savoir si l'utilisation est « équitable ». Il incombe à la personne qui invoque l'« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets.

Concernant le but de l'utilisation, l'appelante n'ayant pas tenté de prouver que ses étudiants avaient fait une utilisation équitable des copies et ayant placé ses Lignes directrices au cœur de ses motifs, elle était tenue de justifier ses Lignes directrices. Il incombait à l'appelante, en tant qu'auteur des copies, de veiller à ce que ses Lignes directrices soient mises en œuvre conformément à leur but, puisque l'intégrité des Lignes directrices et la pratique de l'appelante étaient au cœur de sa thèse d'utilisation équitable. La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les garanties étaient quasiment inexistantes ont affaibli la thèse de l'appelante quant à l'utilisation équitable. La Cour fédérale avait le droit de rechercher le but ou le motif réel de l'utilisation par l'appelante de l'œuvre protégée. Elle a affirmé que cette dernière agissait pour obtenir gratuitement ce qu'elle payait précédemment. L'examen de la Cour fédérale était légitime, compte tenu des enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *CCH*. La Cour fédérale a commis une erreur, mais pas pour les raisons invoquées par l'appelante. Elle a commis une erreur manifeste et dominante en considérant l'éducation comme une « fin énumérée » dans son examen du but de l'utilisation. Ses conclusions quant au but que visait l'appelante en adoptant ses Lignes directrices étaient sans équivoque et indiquaient clairement qu'il y avait iniquité.

Regarding the character of the dealing, since the issue in this case was the fairness of the appellant’s Guidelines, the application of the *CCH* analysis meant that the Federal Court did not err when it concluded that the Guidelines tended towards unfairness either in the aggregate or from the point of view of an individual student receiving 360 copies, an amount which the appellant did not justify beyond invoking education as an allowable purpose. There was no reason to interfere with the Federal Court’s conclusion on this factor.

As to the amount of the dealing, it is clear from the Federal Court’s reasons that it considered this factor to be the core of the fair dealing analysis, a factor which considers the proportion of a protected work which is copied and not the amount of copying in the aggregate. Unfortunately, the Federal Court muddied the waters by introducing references to quantitative elements in its analysis. The Federal Court concluded that, with respect to this factor, there was nothing fair about the amount of the dealing contemplated by the appellant’s Guidelines. The appellant’s challenge to the Federal Court’s conclusions on this factor were based on the question of perspective whereby the appellant pointed to the Court’s focus on aggregate copying which highlighted the appellant’s perspective rather than the student’s. The Court’s digression into aggregate copying was its attempt to show that the copying in this case was anything but trivial or insignificant. In doing so, the Court may have given more importance to a non-contentious point than it deserved, but that was not a reason to set aside the substance of its findings. The error may have been palpable but it was not overriding. The appellant’s allegations about the Court’s use of the wrong perspective continued to be wide of the mark. The objective of the appellant’s counterclaim was to have the Court give its imprimatur to its Guidelines. If it hoped to succeed in that endeavour, the appellant had to address the Guidelines themselves. Rather than assuming its burden, the appellant tried to defend its copying practices by reference to the user’s perspective. While that is a perfectly acceptable approach to fair dealing, it requires the copier to explain how the user’s use is fair. The appellant did not lead any evidence as to students’ use of the copied works so as to show it was fair. Thus, the appellant’s focus on the student’s perspective did not advance its cause. To the extent that the appellant relied on the user’s perspective, it did not demonstrate either in the Federal Court or on appeal how the copying pursuant to the Guidelines was fair from students’ points of view.

Regarding the alternatives to the dealing, the Federal Court concluded that the use of copying was reasonably necessary to

En ce qui concerne la nature de l’utilisation, puisque la question en l’espèce était le caractère équitable des Lignes directrices de l’appelante, il s’ensuivait, après application de l’analyse exposée dans l’arrêt *CCH*, que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a conclu que les Lignes directrices tendaient vers l’iniquité, que ce soit globalement ou du point de vue de l’étudiant individuel recevant 360 copies, une quantité que l’appelante n’a pu justifier autrement qu’en affirmant que l’éducation était une fin permise. Il n’y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale quant à ce facteur.

Relativement à l’ampleur de l’utilisation, il ressort clairement des motifs de la Cour fédérale que celle-ci a considéré que ce facteur était au cœur de l’analyse de l’utilisation équitable, un facteur qui porte sur la proportion d’une œuvre protégée qui est copiée et non sur la quantité globale de copies. Malheureusement, la Cour fédérale a troublé l’eau en renvoyant à des éléments quantitatifs dans son analyse. La Cour fédérale a conclu qu’en ce qui concerne ce facteur, il n’y avait rien d’équitable dans l’ampleur de l’utilisation envisagée par les Lignes directrices de l’appelante. La contestation par l’appelante des conclusions de la Cour fédérale sur ce facteur reposait sur la question du point de vue. Elle a souligné que la Cour a porté son attention sur la reproduction globale, de sorte que le point de vue de l’appelante primait celui de l’étudiant. La Cour fédérale, en faisant une digression sur la reproduction globale, tentait de montrer que la reproduction en l’espèce était tout sauf banale et insignifiante. Ce faisant, elle a peut-être accordé plus d’importance que nécessaire à un point qui n’était pas litigieux, mais ce n’était pas une raison pour infirmer le fond de ses conclusions. L’erreur était peut-être manifeste, mais elle n’était pas dominante. Encore une fois, l’appelante s’est trompée complètement lorsqu’elle a affirmé que la Cour n’a pas envisagé la question du bon point de vue. Avec sa demande reconventionnelle, elle a demandé à la Cour de donner son aval à ses Lignes directrices. Si elle espérait y parvenir, l’appelante devait défendre ses Lignes directrices en tant que telles. Plutôt que de s’acquitter de ce fardeau, l’appelante a tenté de défendre ses pratiques de reproduction en renvoyant au point de vue de l’utilisateur. Si cette approche à l’égard de l’utilisation équitable est parfaitement acceptable, il faut que l’auteur des copies explique en quoi l’utilisation qu’en fait l’utilisateur est équitable. L’appelante n’a fourni aucune preuve démontrant que les étudiants faisaient une utilisation équitable des œuvres copiées. Par conséquent, il ne servait à rien pour l’appelante d’insister sur le point de vue de l’étudiant. L’appelante, parce qu’elle s’est fondée sur la perspective de l’utilisateur, n’a démontré ni devant la Cour fédérale ni en appel en quoi la reproduction effectuée sous le régime de ses Lignes directrices était équitable du point de vue des étudiants.

Pour ce qui est des solutions de rechange à l’utilisation, la Cour fédérale a conclu que l’utilisation de la reproduction

achieve the ultimate purpose of education, and that this factor favoured the appellant though not as significantly as the appellant asserted. The Federal Court found that the latter had not actively engaged in consideration or use of existing or potential alternatives. It identified some possible alternatives and then pointed out that there were no reasonable free alternatives to copying. The Federal Court's comments were understandable when considering its earlier conclusion that while the appellant's overall purpose is education, the purpose or objective sought by the adoption of the Guidelines was to obtain for free that which had previously been paid for. Thus, there was no need to interfere with the Federal Court's conclusion that this factor favoured the appellant although its effect was mitigated.

With respect to the fifth factor, the effect of the dealing, the Federal Court concluded that the Guidelines caused and would cause material negative impacts on the market for which the respondent would otherwise have been compensated for the appellant's copying and that these negative impacts pointed to unfairness. In this case, the copying pursuant to the Guidelines was vastly more significant than it was in any of the leading cases on fair dealing examined. None of the appellant's submissions were sufficient to show that the Federal Court fell into palpable and overriding error on a question of fact or mixed fact and law.

The factor of the nature of the work did not figure in the Federal Court's decision to any appreciable extent. After making its analysis, the Federal Court concluded that this factor tended to the negative end of the fairness spectrum due to the way in which the nature of the works is treated and the manner in which the Guidelines are applied. This assessment was not challenged by the appellant and, in the present circumstances, it was sufficient to take note of the Federal Court's conclusion.

In conclusion, given the relief which the appellant sought, it was incumbent on it to justify the Guidelines themselves so as allow the Court to declare that reproductions that fell within the Guidelines were fair dealing. It did not do so. The appellant did not show that the Federal Court erred in law in its understanding of the relevant factors or that it fell into palpable and overriding error in applying them to the facts.

était raisonnablement nécessaire pour atteindre la fin visée, soit l'éducation, et que ce facteur favorisait l'appelante, mais pas autant que cette dernière le faisait valoir. Elle a estimé que l'appelante n'avait pas activement considéré l'utilisation de solutions de rechange existantes ou éventuelles et n'en avait utilisé aucune. La Cour a mentionné des solutions de rechange possibles avant de souligner qu'il n'existait pas de solution de rechange raisonnable gratuite à la reproduction. Les observations de la Cour fédérale étaient compréhensibles si l'on garde à l'esprit sa conclusion antérieure selon laquelle, bien que le but général de l'appelante ait été l'éducation, le but visé par l'adoption des Lignes directrices était d'obtenir gratuitement ce qu'elle devait payer par le passé. En conséquence, il n'était pas nécessaire de modifier la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle ce facteur favorisait l'appelante, même si son effet a été atténué.

En ce qui concerne le cinquième facteur, l'effet de l'utilisation, la Cour fédérale a conclu que les Lignes directrices ont causé et causeraient des répercussions négatives importantes sur le marché sur lequel l'intimée aurait autrement obtenu compensation pour la reproduction effectuée par l'appelante et que ces répercussions négatives faisaient pencher la balance du côté du caractère inéquitable des Lignes directrices. Dans la présente affaire, la reproduction effectuée sous le régime des Lignes directrices était beaucoup plus importante que la reproduction dont il était question dans les affaires de principe portant sur l'utilisation équitable qui ont été examinées. Aucune des observations de l'appelante ne suffisait pour démontrer que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

Le facteur de la nature de l'œuvre n'a pas été pris en compte de manière notable dans la décision de la Cour fédérale. Après avoir effectué son analyse, la Cour fédérale a conclu que ce facteur tendait vers l'extrémité négative du spectre du caractère équitable en raison de la façon dont est abordée la nature des œuvres et la façon dont les Lignes directrices sont appliquées. L'appelante n'a pas contesté cette conclusion et, dans ces conditions, il suffisait de prendre note de la conclusion de la Cour fédérale.

En conclusion, compte tenu de la mesure demandée par l'appelante, il lui incombait de justifier les Lignes directrices en tant que telles pour que la Cour puisse déclarer que les reproductions faites au titre des Lignes directrices constituaient une utilisation équitable. Elle ne l'a pas fait. L'appelante n'a pas démontré que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en interprétant les facteurs pertinents ni qu'elle a commis une erreur manifeste et dominante en les appliquant aux faits.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24.
An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931
 S.C. 1935, c. 8.
An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931,
 S.C. 1936, c. 28, ss. 10(1),(2),(3), 10A, 10B(7),(8),(9),
 67.1(3), 67.1(5), 68(1).
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 87 “tariff”,
 113(2), 117, 118, 119(2), 120.1, 126.
Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, s. 50(9).
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “collective so-
 ciety”, 3, 13(4), 15, 18, 19, 21, 29, 29.1, 29.2, 29.9(2),
 34–38.1, 35, 66.6 (1), 67, 67.1, 67.2(1),(2), 68(4), 68.2,
 70(1), 70.1–70.4, 70.1–70.191, 70.11, 70.12, 70.13–70.19,
 70.14, 70.15, 70.17, 70.18, 70.19, 70.191, 70.2–70.4,
 70.3, 70.4, 76(4), 77(4), 81, 82(1)(a), 83(13)(b).
Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24.
Copyright Amendment Act, 1931 (The), S.C. 1931, c. 8.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2 “regulation”,
 14.
Revised Statutes of Canada, 1985 Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.),
 c. 40, s. 12(a).

CASES CITED

APPLIED:

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada,
 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Housen v. Nikolaisen*,
 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Summers*, 2014
 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575.

DISTINGUISHED:

*Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing
 Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2
 S.C.R. 345.

CONSIDERED:

Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.,
 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Vigneux v. Canadian
 Performing Right Society Ltd.*, [1943] S.C.R. 348, 1943
 CanLII 38; *Society of Composers, Authors and Music
 Publishers Canada v. 348803 Alberta Ltd.* (1997), 79
 C.P.R. (3d) 449, 1997 CanLII 5389 (F.C.T.D.); *Maple
 Leaf Broadcasting v. Composers, Authors and Publishers
 Association of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624, 1954
 CanLII 62; *Composers, Authors and Publishers
 Association of Canada, Limited v. Sandholm Holdings
 Limited et al.*, [1955] Ex. C.R. 244, (1955), 24 C.P.R. 58;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de 1921 concernant le droit d’auteur, S.C. 1921, ch. 24.
Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2 « règle-
 ment », 14.
Loi modifiant la Loi modificative du droit d’auteur, 1931,
 S.C. 1935, ch. 8.
Loi modifiant la Loi modificative du droit d’auteur, 1931,
 S.C. 1936, ch. 28, art. 10(1),(2),(3), 10A, 10B(7),(8),(9),
 67.1(3), 67.1(5), 68(1).
Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur, L.C. 1997, ch. 24.
Loi modificative du droit d’auteur, 1931, S.C. 1931, ch. 8.
Loi sur la modernisation du droit d’auteur, L.C. 2012,
 ch. 20.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2
 « société de gestion », 3, 13(4), 15, 18, 19, 21, 29, 29.1,
 29.2, 29.9(2), 34 à 38.1, 35, 66.6(1), 67, 67.1, 67.2(1),(2),
 68(4), 68.2(1), 70(1), 70.1 à 70.4, 70.1 à 70.191, 70.11,
 70.12, 70.13 à 70.19, 70.14, 70.15, 70.17, 70.18, 70.19,
 70.191, 70.2 à 70.4, 70.3, 70.4, 76(4), 77(4), 81, 82(1)a),
 83(13)b).
Loi sur le droit d’auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 50(9).
Loi sur les Lois révisées du Canada (1985), L.R.C. (1985)
 (3^e suppl.), ch. 40, art. 12a).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 87
 « tarif », 113(2), 117, 118, 119(2), 120.1, 126.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004
 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Housen c. Nikolaisen*,
 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Summers*,
 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing
 Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2
 R.C.S. 345.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc., 2015 CSC
 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Vigneux v. Canadian Performing
 Right Society Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Société des auteurs,
 compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. 348803
 Alberta Ltd.*, 1997 CanLII 5389, [1997] A.C.F. n° 969 (QL)
 (1^{re} inst.); *Maple Leaf Broadcasting v. Composers, Authors
 and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S.
 624; *Composers, Authors and Publishers Association of
 Canada, Limited v. Sandholm Holdings Limited et al.*,
 [1955] R.C. de l’É. 244, (1955), 24 C.P.R. 58; *Société de
 droits d’exécution du Canada Ltée c. Lion d’Or (1981)*

Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion d'Or (1981) Ltée. et al. (1987), 16 F.T.R. 104, 17 C.P.R. (3d) 542 (F.C.T.D.); *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, 1998 CanLII 791; *Canadian Copyright Licensing Agency v. Apex Copy Centre*, 2006 FC 470, 290 F.T.R. 236; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Three Cent Copy Centre Ltd.*, 2012 FC 866; *Canadian Copyright Licensing Agency v. U-Compute*, 2005 FC 1644, 284 F.T.R. 116; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Kicks Roadhouse Inc.*, 2005 FC 528, 39 C.P.R. (4th) 238; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326.

REFERRED TO:

Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc., 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Essar Steel Algoma Inc. v. Jindal Steel and Power Limited*, 2017 FCA 166; *Namdarpour v. Vahman*, 2019 BCCA 153, 23 B.C.L.R. (6th) 215; *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. 728859 Alberta Ltd.*, 2000 CanLII 15162, 6 C.P.R. (4th) 354 (F.C.T.D.); *Canada (Society of Composers, Authors and Music Publishers) v. Bano Inc. (Green Bean Java Bistro)*, 2019 FC 1011; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, rev'd on other grounds, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Reprographic Reproduction 2005-2009, Re*, 2009 CarswellNat 1930 (WLNext Can.).

AUTHORS CITED

Canada Gazette, Part I, Vol. 144, No. 24, June 12, 2010.
 Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
 Government of Canada. "Parts of the Canada Gazette" (last modified 9 August 2019), online: <<http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/lm-sp-eng.html#a5>>.
 Katz, Ariel. "Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I" (2015), 27 *I.P.J.* 151.
 MacMillan, Margaret. *Paris 1919: Six Months That Changed the World*. New York: Random House, 2002.

APPEAL from Federal Court judgment and judgment on counterclaim (2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43) allowing the respondent's action against the appellant to enforce the interim tariff issued by the Copyright Board

Ltée. (1987), 16 F.T.R. 104, 17 C.P.R. (3d) 542 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, 1998 CanLII 791; *Canadian Copyright Licensing Agency c. Apex Copy Centre*, 2006 CF 470, [2006] A.C.F. n° 575 (QL); *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Three Cent Copy Centre Ltd.*, 2012 CF 866, [2012] A.C.F. n° 1073 (QL); *Canadian Copyright Licensing Agency c. U-Compute*, 2005 CF 1644, [2005] A.C.F. n° 2030 (QL); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. Kicks Roadhouse Inc.*, 2005 CF 528, [2005] A.C.F. n° 646 (QL); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326.

DÉCISIONS CITÉES :

Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc., 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Essar Steel Algoma Inc. c. Jindal Steel and Power Limited*, 2017 CAF 166; *Namdarpour v. Vahman*, 2019 BCCA 153, 23 B.C.L.R. (6th) 215; *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. 728859 Alberta Ltd.*, 2000 CanLII 15162, [2000] A.C.F. n° 590 (QL) (1^{re} inst.); *Canada (Society of Composers, Authors and Music Publishers) c. Bano Inc. (Green Bean Java Bistro)*, 2019 CF 1011; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, inf. pour d'autres motifs, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Reproduction par reprographie 2005-2009, Re*, 2009 CarswellNat 1931 (WLNext Can.).

DOCTRINE CITÉE

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 1969.
Gazette du Canada, partie I, vol. 144, n° 24, 12 juin 2010.
 Gouvernement du Canada. « Parties de la Gazette du Canada » (dernière modification le 9 août 2019), en ligne : <<http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/lm-sp-fra.html#a5>>.
 Katz, Ariel. « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I » (2015), 27 *I.P.J.* 151.
 MacMillan, Margaret. *Paris 1919 : Six Months That Changed the World*. New York : Random House, 2002.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour fédérale (2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F. 43) a accueilli l'action intentée par l'intimée contre l'appellante pour faire exécuter un tarif provisoire homologué par la Commission

under subsection 68.2(1) of the *Copyright Act* and dismissing the appellant’s counterclaim. Appeal allowed and counterclaim dismissed.

du droit d’auteur au titre du paragraphe 68.2(1) de la Loi sur le droit d’auteur et rejeté la demande reconventionnelle de l’appelante. Appel accueilli et demande reconventionnelle rejetée.

APPEARANCES

John C. Cotter and Barry Fong for appellant.
Arthur B. Renaud and Asma Faizi for respondent.
David W. Kent and Jonathan O’Hara for intervener Universities Canada.
Andrew Bernstein and Alicja Puchta for interveners Canadian Association of University Teachers and Canadian Federation of Students.

Wanda Noel for intervener Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada.

Brendan van Niejenhuis, Tiffany O’Hearn Davies and Warren Sheffer for interveners Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers’ Council and The Writers’ Union of Canada.

ONT COMPARU :

John C. Cotter et Barry Fong pour l’appelante.
Arthur B. Renaud et Asma Faizi pour l’intimée.
David W. Kent et Jonathan O’Hara pour l’intervenante Universités Canada.

Andrew Bernstein et Alicja Puchta pour les intervenantes Association Canadienne des professeures et professeurs d’université et Fédération canadienne des étudiantes et étudiants.

Wanda Noel pour l’intervenant Consortium du droit d’auteur du Conseil des ministres de l’Éducation (Canada).

Brendan van Niejenhuis, Tiffany O’Hearn Davies et Warren Sheffer pour les intervenantes Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers’ Council et The Writers’ Union of Canada.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.
Arthur B. Renaud, Toronto, for respondent.
McMillan LLP, Toronto, for intervener Universities Canada.
Torys LLP, Toronto, for interveners Canadian Association of University Teachers and Canadian Federation of Students.

Wanda Noel, Ottawa, for intervener Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada.

Stockwoods LLP and Hebb & Sheffer, Toronto, for interveners Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers’ Council and The Writers’ Union of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour l’appelante.

Arthur B. Renaud, Toronto, pour l’intimée.
McMillan LLP, Toronto, pour l’intervenante Universités Canada.

Torys LLP, Toronto, pour les intervenantes Association Canadienne des professeures et professeurs d’université et Fédération canadienne des étudiantes et étudiants.

Wanda Noel, Ottawa, pour l’intervenant Consortium du droit d’auteur du Conseil des ministres de l’Éducation (Canada).

Stockwoods LLP et Hebb & Sheffer, Toronto, pour les intervenants Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers’ Council et The Writers’ Union of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

PELLETIER J.A.:

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Introduction.....	1	I. Introduction.....	1
II. Background.....	5	II. Le contexte.....	5
III. The Decision Under Appeal.....	15	III. La décision faisant l’objet de l’appel....	15
IV. York’s Statement of Issues.....	27	IV. L’énoncé des questions en litige de l’Université	27
V. Statement of Issues	33	V. L’énoncé des questions en litige	33
VI. Standard of Review.....	36	VI. La norme de contrôle	36
VII. Analysis.....	37	VII. Analyse	37
A. Is a final tariff mandatory?.....	37	A. Les tarifs définitifs sont-ils obligatoires?.....	37
(1) The rights conferred by copyright.....	50	1) Les droits conférés par le droit d’auteur	50
(2) Legislative history: 1936 to 1985	57	2) L’évolution législative : de 1936 à 1985.....	57
(3) Legislative history: 1988 amendments	87	3) L’évolution législative : les modifications de 1988.....	87
(4) Legislative history: 1997 amendments	117	4) L’évolution législative : les modifications de 1997.....	117
B. Jurisprudence.....	195	B. La jurisprudence	195
C. General considerations.....	200	C. Considérations générales	200
D. Conclusion.....	204	D. Conclusion.....	204
VIII. York’s Counterclaim	207	VIII. La demande reconventionnelle de l’Université	207
A. Fair dealing.....	210	A. L’utilisation équitable	210
(1) The purpose of the dealing.....	212	1) Le but de l’utilisation.....	212
(2) The character of the dealing ...	242	2) La nature de l’utilisation.....	242
(3) The amount of the dealing.....	259	3) L’ampleur de l’utilisation	259
(4) Alternatives to the dealing.....	284	4) L’existence de solutions de rechange à l’utilisation.....	284
(5) The effect of the dealing.....	293	5) L’effet de l’utilisation.....	293
(6) Nature of the work.....	307	6) La nature de l’œuvre.....	307
B. Conclusion on the counterclaim....	309	B. Conclusion sur la demande reconventionnelle.....	309

I. Introduction

I. Introduction

[1] When licence renewal negotiations between York University (York) and the Canadian Copyright

[1] Alors que les négociations sur le renouvellement des licences entre l’Université York (l’Université) et

Licensing Agency (Access Copyright) were languishing, the latter applied to the Copyright Board for and was granted an interim tariff covering the copying of protected works in post-secondary educational institutions. York briefly complied with the terms of the interim tariff but then “opted out” and introduced its “Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)” (Guidelines). Acting pursuant to the guidance offered in the Guidelines, York faculty and staff copied significant amounts of material for which York paid no licence fees or royalties.

[2] Access Copyright sued York to enforce the interim tariff, seeking various remedies including royalties as provided in the tariff. York counterclaimed, seeking a declaration that all copying which fell within the terms of the Guidelines constituted fair dealing pursuant to sections 29, 29.1, or 29.2 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985 c. C-42 (the Act).

[3] The Federal Court allowed Access Copyright’s action and dismissed York’s counterclaim, which gave rise to this appeal: see *Canadian Copyright Licensing Agency v. York University*, 2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43 (reasons).

[4] For the reasons that follow, I would allow York’s appeal on the basis that a tariff approved by the Copyright Board (the Board), as the interim tariff was, is not “mandatory” in the sense that it is enforceable against anyone whose use of the protected works is an infringement of the copyright owner’s exclusive rights. I would dismiss York’s counterclaim on the basis that its Guidelines do not ensure that copying which comes within their terms is fair dealing.

The Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) s’enlisaient, Access Copyright a obtenu, après l’avoir demandé à la Commission du droit d’auteur, un tarif provisoire couvrant la reproduction d’œuvres protégées dans les établissements d’enseignement postsecondaire. L’Université s’est brièvement conformée aux conditions du tarif provisoire, mais s’y est ensuite « soustraite » et a mis en place ses [TRADUCTION] « Lignes directrices sur l’utilisation équitable à l’intention des professeurs et du personnel administratif de l’Université (11/13/12) » (les Lignes directrices). Agissant conformément aux directives établies dans les Lignes directrices, les professeurs et le personnel administratif de l’Université ont reproduit une grande quantité de documents pour lesquels l’Université n’a payé ni droits de licence ni redevances.

[2] Access Copyright a engagé une action contre l’Université pour faire appliquer le tarif provisoire, dans laquelle elle demandait diverses réparations, notamment les redevances prévues dans le tarif. L’Université a déposé une demande reconventionnelle afin d’obtenir une déclaration selon laquelle toutes les reproductions visées par les Lignes directrices constituaient une utilisation équitable au sens des articles 29, 29.1 ou 29.2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi).

[3] La Cour fédérale a accueilli l’action d’Access Copyright et a rejeté la demande reconventionnelle de l’Université, ce qui a donné lieu au présent appel : voir *Canadian Copyright Licensing Agency c. Université York*, 2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F 43 [décision de la Cour fédérale].

[4] Pour les motifs qui suivent, j’accueillerais l’appel de l’Université, sur le fondement qu’un tarif homologué par la Commission du droit d’auteur (la Commission), comme l’était le tarif provisoire, n’est pas « obligatoire », c’est-à-dire qu’il n’est pas opposable à toute personne dont l’utilisation des œuvres protégées constitue une violation des droits exclusifs du titulaire du droit d’auteur. Je rejetterais la demande reconventionnelle de l’Université au motif que ses Lignes directrices ne garantissent pas que la reproduction qu’elles encadrent constitue une utilisation équitable.

II. Background

[5] The respondent, Access Copyright, is a collective society which administers the reproduction rights in published literary works and collects royalties and distributes them to copyright holders.

[6] The appellant, York, is Canada's third-largest university. It has over 50 000 students and approximately 1 500 full-time faculty members.

[7] From 1994 to 2010, Access Copyright and York were parties to a licence agreement. This agreement permitted professors at York to make copies of portions of textbooks and other published works in Access Copyright's repertoire. By 2010, the annual royalty payable pursuant to that licence was \$0.10 per page and \$3.38 per full-time equivalent (FTE) student.

[8] In March 2010, when Access Copyright was uncertain if the renewal of the licence agreement could be finalized before its expiry, it filed a proposed tariff with the Board for post-secondary educational institutions covering the years 2011–2013. This proposed tariff contemplated a flat annual royalty of \$45 per FTE student per year. The proposal was published in the *Canada Gazette* [Part I, Vol. 144, No. 24] on June 12, 2010, and 101 persons and institutions filed timely objections.

[9] In light of the rapidly approaching expiry date of the licence agreement, Access Copyright applied to the Board for an interim decision. It asked that the existing licensing regime continue to apply until the Board certified a tariff for the period in question. On December 23, 2010, the Board granted Access Copyright's application and issued an interim tariff, which incorporated the licence agreement royalty rate of \$0.10 per page and \$3.38 per FTE.

[10] The interim tariff took effect on January 1, 2011. Initially, York complied with the terms of the interim tariff. However, in July of 2011, York formally notified Access Copyright of its decision to "opt out" of the

II. Le contexte

[5] L'intimée, Access Copyright, est une société de gestion qui administre les droits de reproduction d'œuvres littéraires publiées, perçoit les redevances et les distribue aux titulaires de droits d'auteur.

[6] L'appelante, l'Université, est la troisième université en importance au Canada. Elle compte plus de 50 000 étudiants et environ 1 500 membres du corps professoral à temps plein.

[7] De 1994 à 2010, Access Copyright et l'Université étaient parties à un contrat de licence. Ce contrat permettait aux professeurs de l'Université de copier des parties de manuels scolaires ainsi que d'autres œuvres publiées figurant dans le répertoire d'Access Copyright. En 2010, les redevances annuelles à payer conformément à cette licence étaient de 0,10 \$ par page et de 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein (ETP).

[8] En mars 2010, lorsqu'Access Copyright ne savait pas si le contrat de licence serait renouvelé avant son expiration, elle a déposé un projet de tarif auprès de la Commission visant les établissements d'enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2013. Ce projet de tarif proposait une redevance annuelle fixe de 45 \$ par étudiant ETP. La proposition a été publiée dans la *Gazette du Canada* [partie I, vol. 144, n° 24] le 12 juin 2010, et 101 personnes et établissements ont déposé des oppositions dans les délais impartis.

[9] Compte tenu de l'expiration imminente du contrat de licence, Access Copyright a demandé une décision provisoire à la Commission. Elle a demandé le maintien du régime d'octroi de licences existant jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif pour la période en question. Le 23 décembre 2010, la Commission a accueilli la demande d'Access Copyright et a établi un tarif provisoire, qui prévoyait des redevances dans le cadre d'un contrat de licence de 0,10 \$ par page et de 3,38 \$ par ETP.

[10] Le tarif provisoire est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Dans un premier temps, l'Université a respecté les modalités du tarif provisoire. Toutefois, en juillet 2011, l'Université a informé officiellement Access

tariff as of August 31, 2011, in time for the start of the new academic year. Since 2011, several other Canadian universities have also decided to opt out of the Access Copyright tariff.

[11] As of September 1, 2011, York was operating without the benefit of a licence from Access Copyright. Instead, York relied on its Guidelines, which were created to help the university avoid copyright infringement. In essence, the Guidelines direct York’s faculty and staff on how fair dealing under section 29 of the Act applies to certain copying practices. The Guidelines specify that Short Excerpts (as defined in the Guidelines) may be copied for educational and research purposes.

[12] By way of background, it was the Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC) (now Universities Canada), that first developed a fair dealing policy in 2004 following the decision of the Supreme Court in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*). York first implemented its own fair dealing guidelines modelled on those developed by the AUCC in December of 2010. In 2012, the AUCC revised its fair dealing policy following the Supreme Court’s decision in *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345 (*Alberta Education*), and the passage of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, after which York also revised its own Guidelines. Many other Canadian universities use guidelines similar to those used by York.

[13] York’s decision to opt out of the tariff prompted Access Copyright to start an action in the Federal Court to enforce the interim tariff under subsection 68.2(1) of the Act. The foundation of Access Copyright’s claim was that York had infringed copyright in works in its repertoire and were therefore liable for the amounts specified in the interim tariff and that some York professors had, after September 1, 2011, made unauthorized copies of

Copyright de sa décision de « se soustraire » au tarif à partir du 31 août 2011, à temps pour le début de la nouvelle année universitaire. Depuis 2011, plusieurs autres universités canadiennes ont également décidé de se soustraire au tarif d’Access Copyright.

[11] À compter du 1^{er} septembre 2011, l’Université a exercé ses activités sans licence d’Access Copyright. L’Université s’est plutôt appuyée sur ses Lignes directrices, qui avaient été créées pour l’aider à éviter toute violation du droit d’auteur. Pour l’essentiel, les Lignes directrices fournissent des directives au corps professoral et au personnel de l’Université sur la manière dont l’utilisation équitable prévue à l’article 29 de la Loi s’applique à certaines pratiques de reproduction. Les Lignes directrices précisent que de courts extraits (au sens des Lignes directrices) peuvent être reproduits à des fins d’enseignement et de recherche.

[12] Soit dit en passant, l’Association des universités et collèges du Canada (l’AUCC) (aujourd’hui Universités Canada) a été la première à élaborer une politique d’utilisation équitable en 2004 après l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*). L’Université a d’abord mis en œuvre ses propres lignes directrices sur l’utilisation équitable, calquées sur celles qui avaient été élaborées par l’AUCC en décembre 2010. En 2012, l’AUCC a révisé sa politique en réaction à l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345 (*Alberta (Éducation)*), et à l’adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, ch. 20, après quoi l’Université a également révisé ses propres Lignes directrices. De nombreuses autres universités canadiennes ont recours à des lignes directrices semblables à celles utilisées par l’Université.

[13] La décision de l’Université de se soustraire au tarif a amené Access Copyright à engager une action devant la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire au titre du paragraphe 68.2(1) de la Loi. Le fondement de l’action d’Access Copyright était, d’une part, que l’Université avait violé le droit d’auteur sur des œuvres de son répertoire et était donc redevable des sommes figurant au tarif provisoire et, d’autre

in-repertoire works. In response to the action, York filed a counterclaim seeking a declaration that any reproductions made in compliance with its Guidelines constitute fair dealing under section 29 of the Act.

[14] In this Court, a number of entities were granted intervenor status, namely: Universities Canada, the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students, the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada, the Association of Canadian Publishers, the Canadian Publishers' Council and the Writers' Union of Canada.

III. The Decision Under Appeal

[15] The Federal Court began its analysis by addressing the question of the mandatory effect of the tariff. It reviewed the use of the word “tariff” in cases dealing with various tribunals such as the Alberta Energy and Utilities Board, the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, the National Energy Board, the Nova Scotia Utility and Review Board, and the Ontario Energy Board. It also considered tariffs of fees fixed by various government agencies. All of these examples are instances of amounts which must be paid. The Court concluded that the word tariff connotes a mandatory fee.

[16] The Federal Court then considered the scheme of the Act, beginning with subsection 68.2(1) of the Act, which Access Copyright relies upon as the statutory basis for its claim that it is entitled to collect royalties. At the material time, it read as follows:

Effect of fixing royalties

68.2 (1) Without prejudice to any other remedies available to it, a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

part, que certains professeurs de l'Université avaient, après le 1^{er} septembre 2011, fait des copies non autorisées d'œuvres du répertoire. En réponse à cette action, l'Université a déposé une demande reconventionnelle afin d'obtenir une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées conformément à ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable au titre de l'article 29 de la Loi.

[14] Devant notre Cour, un certain nombre d'organisations ont obtenu le statut d'intervenant, à savoir Universités Canada, l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université, la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, le Consortium du droit d'auteur du Conseil des ministres de l'Éducation (Canada) ainsi que les organisations Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council et The Writers' Union of Canada.

III. La décision faisant l'objet de l'appel

[15] La Cour fédérale a commencé son analyse en se penchant sur la question du caractère obligatoire du tarif. Elle a examiné l'utilisation du mot « tarif » dans des affaires portées devant divers tribunaux comme l'Alberta Energy and Utilities Board, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Régie de l'énergie du Canada, la Commission des services publics et d'examen de la Nouvelle-Écosse et la Commission de l'énergie de l'Ontario. Elle a également examiné des tarifs de droits établis par divers organismes gouvernementaux. Dans tous ces exemples, des sommes devaient être versées. La Cour a conclu que le mot « tarif » connote des droits obligatoires.

[16] La Cour fédérale a ensuite examiné l'économie de la Loi, à commencer par le paragraphe 68.2(1) de la Loi, sur lequel Access Copyright se fonde pour affirmer qu'elle a le droit de percevoir des redevances. Au moment des faits, il était libellé ainsi :

Portée de l'homologation

68.2 (1) La société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice.

[17] Subsection 68.2(1) applies in this case because subsection 70.15(2) provides that where a tariff is approved under subsection 70.15(1), as the interim tariff was, then subsection 68.2(1) applies with such modifications as the circumstances require.

[18] In the Federal Court’s view, Parliament recognized the difficulties that individual copyright owners might face in enforcing their rights against infringers and so provided mechanisms for the collective enforcement of those rights. The Court briefly reviewed the mechanisms in place prior to the 1989 amendments to the Act. Under the earlier regime, performing rights organizations filed with the Copyright Appeal Board statements of fees, charges, and royalties for the issuance of licences with respect to works in their repertoire. The Court found that under that regime, the performing rights organization’s enforcement action was limited to users who had entered into a licence agreement.

[19] The Court then reviewed the legislative history of this provision. In 1988, Parliament amended the Act to include the predecessor to subsection 68.2(1), subsection 67.2(2), which provided that a performing rights organization had the right to collect royalties specified in the statement filed with the Board or “in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction”. In the Court’s view, enforcement was no longer tied to the presence of a licence agreement.

[20] The 1988 amendments also provided for new licensing bodies for the collective administration of exclusive rights recognized in the Act other than performing rights including, among others, reproduction rights. These licensing bodies did not have the ability to file statements of proposed fees, charges or royalties with the Board and had no statutory enforcement remedies equivalent to those of performing rights organizations. The Court found that these limitations were corrected when the Act was amended again in 1997. In the Court’s view, these amendments gave the licensing bodies, now known as collective societies, the right to file tariffs for

[17] Le paragraphe 68.2(1) s’applique en l’espèce, car le paragraphe 70.15(2) dispose que, dans le cas d’un tarif homologué visé au paragraphe 70.15(1), comme l’était le tarif provisoire, le paragraphe 68.2(1) s’applique avec les adaptations nécessaires.

[18] Selon la Cour fédérale, le législateur a reconnu les difficultés avec lesquelles les détenteurs de droit d’auteur individuels pouvaient être aux prises pour faire respecter leurs droits contre les personnes qui y contreviennent et a donc prévu des mécanismes pour faire respecter collectivement ces droits. La Cour a brièvement passé en revue les mécanismes en place avant les modifications apportées à la loi en 1989. Sous le régime antérieur, les organismes de perception de droits d’exécution déposaient auprès de la Commission d’appel du droit d’auteur des états des honoraires, redevances ou tantièmes à percevoir en paiement de licences à l’égard des œuvres de leur répertoire. La Cour a estimé qu’avec ce régime, les mesures d’exécution que les organismes de perception de droits d’exécution pouvaient prendre ne concernaient que les utilisateurs qui avaient conclu un contrat de licence.

[19] La Cour a ensuite examiné l’évolution législative de cette disposition. En 1988, le législateur a modifié la loi pour y inclure le prédécesseur du paragraphe 68.2(1), le paragraphe 67.2(2), qui disposait que l’organisme de perception de droits d’exécution avait le droit de percevoir les droits figurant dans le projet de tarif déposé auprès de la Commission ou « en poursuivre le recouvrement en justice ». Selon la Cour, le caractère exécutoire n’était plus lié à l’existence d’un contrat de licence.

[20] Les modifications de 1988 prévoyaient également de nouvelles sociétés de gestion pour l’administration collective des droits exclusifs reconnus dans la Loi autres que les droits d’exécution, notamment les droits de reproduction. Ces sociétés de gestion ne pouvaient pas déposer de projets de tarif auprès de la Commission et ne disposaient d’aucun recours équivalant à ceux des organismes de perception de droits d’exécution. La Cour a estimé qu’il avait été remédié à ces limites lorsque la Loi a été de nouveau modifiée en 1997. Selon la Cour, ces modifications ont donné aux sociétés de gestion le droit de déposer des tarifs auprès de la Commission

approval by the Board, as an alternative to entering into licence agreements with users. These amendments also gave these bodies the same right to collect the amounts specified in approved tariffs and, in default of payment, the right to recover the royalties by action in a court of competent jurisdiction, including the Federal Court: reasons, at paragraph 203.

[21] The Court then turned to statutory interpretation. It noted that the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 defined “regulation” [at section 2] to include a tariff of costs or fees so that a tariff was “subordinate legislation” which is consistent with compulsion, as opposed to a voluntary licensing scheme. The Court also found that the procedural aspects of the tariff-setting process such as public notice and Board certification were consistent with a mandatory scheme.

[22] The Court then distinguished the Supreme Court’s decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 (*SODRAC*) to which we shall return later in these reasons. The Court reasoned that the statutory provisions in issue in *SODRAC*—sections 70.2 to 70.4—do not deal with tariff-setting, which is set out in sections 70.1 to 70.191. The Court noted that the tariff-setting provisions are mandatory while the dispute resolution provisions in sections 70.2 to 70.4 are optional.

[23] In the end, the Court found that legislative history and statutory interpretation led to the conclusion that Board tariffs are mandatory.

[24] The Federal Court then turned to the counterclaim and York’s Guidelines. They provide that York faculty and staff can copy Short Excerpts of a copyright protected work, which includes literary works, musical scores, sound recordings, and audiovisual works (collectively, a Work) within the university environment for the purposes of research, private study, criticism, review,

pour approbation, en remplacement de la conclusion de contrats de licence avec les utilisateurs. Ces modifications ont également donné à ces organismes le même droit de percevoir les sommes figurant dans les tarifs homologués et, en cas de défaut de paiement, le droit de recouvrer les redevances par une action devant un tribunal compétent, y compris la Cour fédérale : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 203.

[21] La Cour est ensuite passée à l’interprétation législative. Elle a noté que, selon la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, le terme « règlement » [à l’article 2] comprend les tarifs de droits, de frais ou d’honoraires, de sorte qu’un tarif est une « mesure législative déléguée », ce qui indique qu’il s’agit d’un régime obligatoire, et non d’un système d’octroi de licences volontaire. La Cour a également estimé que les aspects procéduraux du processus d’établissement du tarif, comme la publication d’avis et l’homologation par la Commission, étaient conformes à un régime obligatoire.

[22] La Cour a ensuite établi une distinction avec l’arrêt *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (*SODRAC*), rendu par la Cour suprême; nous y reviendrons plus loin dans les présents motifs. Elle a estimé que les dispositions en cause dans l’arrêt *SODRAC* — les articles 70.2 à 70.4 — ne concernaient pas l’établissement de tarifs, qui est prévu aux articles 70.1 à 70.191. Elle a fait observer que les dispositions relatives à l’établissement de tarifs sont obligatoires tandis que les dispositions relatives au règlement de différends, aux articles 70.2 à 70.4, sont facultatives.

[23] En fin de compte, la Cour a estimé que l’évolution de la disposition et l’interprétation législative menaient à la conclusion que les tarifs de la Commission sont obligatoires.

[24] La Cour fédérale s’est ensuite penchée sur la demande reconventionnelle et les Lignes directrices de l’Université. Ces Lignes directrices prévoient que le corps professoral et le personnel peuvent reproduire de courts extraits d’une œuvre protégée par le droit d’auteur, notamment des œuvres littéraires, des partitions, des enregistrements sonores et des œuvres audiovisuelles

news reporting, education, satire or parody. The critical provision of the Guidelines is the definition of Short Excerpt which is reproduced below:

2. The copy must be a “**Short Excerpt**”, which means that it is either:

10% or less of a Work, *or*

no more than:

- (a) one chapter from a book;
- (b) a single article from a periodical;
- (c) an entire artistic work (including a painting, photograph, diagram, drawing, map, chart and plan) from a Work containing other artistic works;
- (d) an entire newspaper article or page;
- (e) an entire single poem or musical score from a Work containing other poems or musical scores; or
- (f) an entire entry from an encyclopedia, annotated bibliography, dictionary or similar reference work,

whichever is greater.

[25] The Court reviewed the extensive evidence on the quantity and quality of copying which took place at York pursuant to the Guidelines. It then addressed the question of their fairness by examining them in the light of the factors used by the Supreme Court to assess the fairness of the custom photocopying service operated by the Law Society of Upper Canada in *CCH*.

[26] For present purposes it is sufficient to say that the Court found that four of the factors, specifically, the character of the dealing, the amount of the dealing, the

(collectivement, des œuvres) dans le milieu universitaire à des fins de recherche, d’étude privée, de critique, de compte rendu, de communication des nouvelles, d’enseignement, de satire ou de parodie. La disposition essentielle des Lignes directrices est la définition de « Court extrait », qui est reproduite ci-après :

[TRADUCTION]

2. La reproduction doit être un « **Court extrait** », ce qui signifie :

10 % ou moins d’une œuvre, *ou*

Un maximum de :

- a) un chapitre d’un livre;
- b) un seul article d’un périodique;
- c) une œuvre artistique complète (y compris un tableau, une photographie, un diagramme, un dessin, une carte, un tableau et un plan) incluse dans une œuvre qui contient d’autres œuvres artistiques;
- d) un article de journal ou une page de journal en entier;
- e) un seul poème ou une seule trame sonore, dans son intégralité, provenant d’une Œuvre qui contient d’autres poèmes ou trames sonores;
- f) une entrée complète d’une encyclopédie, d’une bibliographie annotée, d’un dictionnaire ou d’un ouvrage de référence semblable,

selon ce qui est le plus important.

[25] La Cour a examiné les nombreux éléments de preuve relatifs à la quantité et à la qualité des reproductions qui ont été faites à l’Université conformément aux Lignes directrices. Elle s’est ensuite penchée sur leur caractère équitable en les examinant à la lumière des facteurs utilisés par la Cour suprême dans l’arrêt *CCH* pour évaluer le caractère équitable du service de photocopie exploité par le Barreau du Haut-Canada.

[26] En l’espèce, il suffit de dire que la Cour a estimé que quatre de ces facteurs, à savoir la nature de l’utilisation, l’ampleur de l’utilisation, la nature de l’œuvre et

nature of the work and the effect of the dealing tended to show the unfairness of the Guidelines, while the other two, the purpose of the dealing and the alternatives to the dealing, tended to show their fairness. I will return to these factors (collectively, the *CCH* factors or the fairness factors) in my analysis of the fairness of York's Guidelines. In the end, the Court declined to issue the declaration sought by York and dismissed the counterclaim.

IV. York's Statement of Issues

[27] In its notice of appeal, York submits that the Federal Court made several errors.

[28] York argues that the Court erred in concluding that copying which fell within its Guidelines was not "fair dealing" within the meaning of section 29 of the Act. York also appeals on the basis that an interim tariff is not an approved tariff and is therefore unenforceable by action. In any event, York submits that even if the interim tariff was an approved tariff, it would only apply to those who chose to become licensees. York relies upon the decision in *SODRAC* as authority for the proposition that Access Copyright can only sue to recover royalties in default of payment from users who choose to become licensees under an approved tariff. In particular, York points to the following passage from paragraph 108 of *SODRAC* in support of its position, to which I have appended, and underlined, the sentence which follows immediately after the sentences quoted by York:

.... However, this power [to fix royalties] does not contain within it the power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed. Of course, should the user then engage in unauthorized copying regardless, it will remain liable for infringement. But it will not be liable as a licensee unless it affirmatively assumes the benefits and burdens of the licence. [My emphasis.]

(*SODRAC*, at paragraph 108.)

l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, tendaient à démontrer le caractère inéquitable des Lignes directrices, tandis que les deux autres, le but de l'utilisation et les solutions de rechange à l'utilisation, tendaient à démontrer leur équité. Je reviendrai sur ces facteurs (collectivement, les facteurs établis dans l'arrêt *CCH* ou les facteurs liés au caractère équitable) dans mon analyse du caractère équitable des Lignes directrices de l'Université. En fin de compte, la Cour a refusé de rendre le jugement déclaratoire demandé par l'Université et a rejeté la demande reconventionnelle.

IV. L'énoncé des questions en litige de l'Université

[27] Dans son avis d'appel, l'Université soutient que la Cour fédérale a commis plusieurs erreurs.

[28] L'Université soutient que la Cour a commis une erreur en concluant que les reproductions faites au titre de ses Lignes directrices ne constituaient pas une « utilisation équitable » au sens de l'article 29 de la Loi. Elle fait également appel au motif qu'un tarif provisoire n'est pas un tarif homologué et n'est donc pas exécutoire par voie d'action. En tout état de cause, l'Université soutient que, même si le tarif provisoire était un tarif homologué, il ne s'appliquerait qu'à ceux qui ont choisi de devenir titulaires de licences. L'Université s'appuie sur l'arrêt *SODRAC* pour justifier sa thèse selon laquelle Access Copyright ne peut engager de poursuites pour recouvrer des redevances en cas de défaut de paiement qu'après des utilisateurs qui choisissent de devenir titulaires de licences sous le régime d'un tarif homologué. Plus précisément, elle invoque à l'appui de sa thèse le passage suivant du paragraphe 108 de l'arrêt *SODRAC* — auquel j'ai ajouté et dont j'ai souligné la phrase qui suit immédiatement la phrase citée par l'Université :

[...] Toutefois, ce pouvoir [de fixer les redevances] n'emporte pas en lui-même celui de contraindre l'utilisateur à accepter ces modalités lorsqu'après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence. Évidemment, si l'utilisateur effectue ensuite des copies non autorisées, il demeurera responsable de la violation. Par contre, il ne sera pas responsable en tant que titulaire à moins qu'il ne souscrive expressément aux avantages et aux obligations dont la licence est assortie. [Non souligné dans l'original.]

(*SODRAC*, au paragraphe 108.)

[29] York also points to section 70.13 of the Act, which applies to Access Copyright, to show that an approved tariff deals with royalties due from licensees.

Filing of proposed tariffs

70.13 (1) Each collective society referred to in section 70.1 may, on or before the March 31 immediately before the date when its last tariff approved pursuant to subsection 70.15(1) expires, file with the Board a proposed tariff, in both official languages, of royalties to be collected by the collective society for issuing licences. [My emphasis.]

[30] York concludes by pointing out that there are regimes under the Act that do create mandatory liability to pay on the part of the target group such as, for example, subsection 19(2) which provides that users are “liable to pay” equitable remuneration in certain circumstances or paragraph 82(1)(a) which stipulates that the manufacturers or importers of blank tape are “liable ... to pay a levy”. These are examples of Parliament’s use of clear language to impose mandatory obligations when it chooses to do so.

[31] York’s position that approved tariffs are only binding on those who choose to be licensed by a collective society is strongly supported by the interveners Universities Canada, the Canadian Association of University Teachers, and the Canadian Federation of Students (collectively Universities Canada). They invoke the Supreme Court’s decision in *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1943] S.C.R. 348, 1943 CanLII 38 (*Vigneux*) in support of the position that approved tariffs are not mandatory. Relying on *Vigneux*, Universities Canada says that the provisions of the Act dealing with tariffs were introduced, not to protect copyright holders but rather to protect the public from the monopoly power of performing rights organizations:

.... it is evident that the legislature realized in 1931 that this business in which the dealers [in performing rights] were engaged is a business affected with a public interest;

[29] L’Université renvoie également à l’article 70.13 de la Loi, qui s’applique à Access Copyright, pour montrer qu’un tarif homologué concerne les redevances dues par les titulaires de licence.

Dépôt d’un projet de tarif

70.13 (1) Les sociétés de gestion peuvent déposer auprès de la Commission, au plus tard le 31 mars précédant la cessation d’effet d’un tarif homologué au titre du paragraphe 70.15(1), un projet de tarif, dans les deux langues officielles, des redevances à percevoir pour l’octroi de licences. [Non souligné dans l’original.]

[30] L’Université conclut en soulignant que la Loi prévoit des régimes qui créent bel et bien l’obligation de payer pour le groupe cible, comme le paragraphe 19(2), qui dispose que les utilisateurs « doi[vent] verser » une rémunération équitable dans certaines circonstances, ou l’alinéa 82(1)a), qui dispose que les fabricants ou les importateurs de supports audio vierges sont « tenu[s] [...] de payer [...] une redevance ». Ces exemples montrent que le législateur emploie des mots clairs pour imposer des obligations de nature impérative lorsqu’il choisit de le faire.

[31] La position de l’Université selon laquelle les tarifs homologués ne sont contraignants que pour les personnes qui choisissent d’obtenir une licence d’une société de gestion est fortement soutenue par les intervenantes Universités Canada, l’Association canadienne des professeurs et professeurs d’université ainsi que la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants (collectivement, Universités Canada). Elles invoquent l’arrêt de la Cour suprême *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1943] R.C.S. 348 (*Vigneux*), à l’appui de la position selon laquelle les tarifs homologués ne sont pas obligatoires. Se fondant sur l’arrêt *Vigneux*, Universités Canada affirme que les dispositions de la Loi quant aux tarifs ont été édictées non pas pour protéger les titulaires de droits d’auteur, mais plutôt pour protéger le public du pouvoir monopolistique des organismes de perception de droits d’exécution :

[TRADUCTION] [...] il est manifeste que le législateur s’est rendu compte en 1931 que cette activité à laquelle se livraient les négociants [en droits d’exécution] était une

and it was felt to be unfair and unjust that these dealers should possess the power so to control such performing rights as to enable them to exact from people purchasing gramophone records and sheets of music and radio receiving sets such tolls as it might please them to exact.

(*Vigneux*, at page 353.)

[32] Both York and these interveners cite an article by Professor Ariel Katz, “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I” (2015), 27 *I.P.J.* 151, that I found very useful in addressing the question of the enforceability of tariffs.

V. Statement of Issues

[33] I will begin with the issue of the enforceability of the tariff. The question of fair dealing only arises if the tariff applies to York. It is only if a final tariff is “mandatory” that York must rely on its Guidelines to show that compliance with them is fair dealing, a user’s right.

[34] I propose to deal with Access Copyright’s claim by first reviewing some of the concepts which will recur in the discussion. I will then review the statutory provisions in issue in *Vigneux* and trace their legislative development through to the *Copyright Modernization Act*. This review will show that the basic structure set out in the 1936 amendments has been preserved throughout this legislative history which supports the conclusion that the legislative intent has also remained the same. Similarly, the use of the expression “licensing schemes” throughout this history also suggests a continuity of purpose. I will deal with various ancillary arguments as they arise in the course of this legislative history.

[35] As noted earlier, I will deal with York’s Guidelines by examining the Federal Court’s reasoning and the parties’ submissions in light of the teachings of the three relevant Supreme Court decisions.

activité qui touche l’intérêt public; et il a été jugé injuste et inéquitable que ces négociants possèdent le pouvoir de contrôler les droits d’exécution de manière à faire payer ce qu’ils veulent aux acheteurs de disques de gramophone, de partitions et de récepteurs radio.

(*Vigneux*, à la page 353.)

[32] L’Université et ces intervenantes citent un article rédigé par le professeur Ariel Katz et intitulé « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I » (Spectre : le droit d’auteur canadien et le tarif obligatoire – partie I) (2015), 27 *I.P.J.* 151, que j’ai trouvé très utile dans l’examen de la question du caractère exécutoire des tarifs.

V. L’énoncé des questions en litige

[33] Je commencerai par la question du caractère exécutoire du tarif. La question de l’utilisation équitable ne se pose que si le tarif s’applique à l’Université. Ce n’est que si le tarif définitif est « obligatoire » que l’Université doit recourir à ses Lignes directrices pour montrer qu’agir conformément à celles-ci constitue une utilisation équitable, un droit de l’utilisateur.

[34] Je propose d’examiner la thèse soutenue par Access Copyright en passant d’abord en revue certaines notions qui reviendront dans l’analyse. J’examinerai ensuite les dispositions légales en question dans l’arrêt *Vigneux* et suivrai leur évolution jusqu’à la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*. Cet examen montrera que le fondement établi dans les modifications de 1936 a été préservé au fil de l’évolution de ces dispositions, ce qui permet de conclure que l’intention du législateur est également restée la même. Dans le même ordre d’idées, l’utilisation de l’expression « système d’octroi de licences » tout au long de cette évolution indique également qu’il y a continuité dans l’objectif. Je me pencherai sur divers arguments secondaires au fur et à mesure qu’ils se présenteront au cours de cet examen de l’histoire de la Loi.

[35] Comme je l’ai indiqué plus haut, je me pencherai sur les Lignes directrices de l’Université en examinant le raisonnement de la Cour fédérale et les observations des parties à la lumière des enseignements des trois arrêts pertinents rendus par la Cour suprême.

VI. Standard of Review

[36] Given that this is an appeal of a decision of the Federal Court after a trial, the standard of review is set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, namely, correctness for questions of law, and palpable and overriding error for questions of fact and questions of mixed fact and law, except where an extricable question of law arises.

VII. Analysis

A. *Is a final tariff mandatory?*

[37] Since much of the argument was framed in terms of whether Copyright Board approved tariffs are mandatory, it is perhaps useful to begin by clarifying what it means to say that a tariff is mandatory. When Access Copyright says that the tariff in issue here is mandatory, it means that a user becomes liable for payment of the royalties stipulated in the tariff if it engages in any copying which constitutes infringement, i.e., copying which was not authorized by the copyright holder or which does not come within any of the users’ rights set out in the Act, such as fair dealing. A user’s liability to pay royalties depends upon his or her use of works in Access Copyright’s repertoire and not upon any assumption of liability for payment.

[38] There is an important distinction between liability for royalties and liability for damages for infringement. In the absence of a tariff, a user who infringes copyright becomes liable for damages for infringement in an amount equal to damages the owner of the copyright has suffered as a result of the infringement: see Act, subsection 35(1). Those damages are assessed by a court. However, in the case of a mandatory tariff, the owner’s remedy is an action to enforce the tariff. In effect, the royalties set out in the tariff become a form of statutory damages. This distinction becomes blurred when Courts use the tariff as a means of calculating damages.

VI. La norme de contrôle

[36] Étant donné qu’il s’agit d’un appel d’une décision rendue par la Cour fédérale après un procès, la norme de contrôle est celle établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, à savoir celle de la décision correcte pour les questions de droit et celle de l’erreur manifeste et dominante pour les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit, à moins qu’il ne soit possible d’isoler une question de droit.

VII. Analyse

A. *Les tarifs définitifs sont-ils obligatoires?*

[37] Étant donné qu’une grande partie des observations ont été formulées en fonction de la question de savoir si les tarifs homologués par la Commission du droit d’auteur sont obligatoires, il est peut-être utile de commencer par préciser ce que l’on entend lorsqu’on dit qu’un tarif est obligatoire. Lorsqu’Access Copyright affirme que le tarif en cause est obligatoire, cela signifie que les utilisateurs sont tenus de payer les redevances qui figurent dans le tarif s’ils font une reproduction qui constitue une violation, c’est-à-dire une reproduction qui n’a pas été autorisée par le titulaire du droit d’auteur ou qui ne relève pas de l’exercice des droits conférés aux utilisateurs par la Loi, comme l’utilisation équitable. L’obligation pour les utilisateurs de payer des redevances dépend de leur utilisation des œuvres du répertoire d’Access Copyright et non d’une quelconque présomption selon laquelle ils sont tenus de payer.

[38] Il existe une distinction importante entre l’obligation de payer des redevances et l’obligation de payer des dommages-intérêts en cas de violation. S’il n’y a pas de tarif, l’utilisateur qui viole un droit d’auteur est tenu de verser des dommages-intérêts pour cette violation d’un montant égal aux dommages que le titulaire du droit d’auteur a subis du fait de la violation : voir le paragraphe 35(1) de la Loi. Ces dommages sont évalués par un tribunal. Toutefois, dans le cas d’un tarif obligatoire, le recours du titulaire est une action visant à faire exécuter le tarif. En effet, les redevances fixées dans le tarif deviennent une forme de dommages-intérêts préétablis.

One example of this approach among many is *Society of Composers, Authors and Music Publishers Canada v. 348803 Alberta Ltd.* (1997), 79 C.P.R. (3d) 449, 1997 CanLII 5389 (F.C.T.D.), where the following appears (at page 452):

Where it is customary to licence the use of a work, music in this instance, damages may be measured on the basis of the usual royalty or licence fee. The licence fees for music are calculated using given figures and rates from the Copyright Board Tariffs and various statistics as to the operation of the licensee.

[39] This approach may have contributed over time to the assumption that collective societies can enforce a tariff against infringers, the very question raised by this appeal.

[40] York attempted to avoid infringement by only copying protected materials to the extent provided in its Guidelines. In a relatively small number of cases, some of its copying fell outside its Guidelines. Access Copyright says that, in either case, York is liable for royalties to the same extent as if it had agreed to pay them.

[41] York argues that Access Copyright's position means that, given the form of the tariff in issue, a single infringing act could subject it to a significant liability for royalties for an entire year. Access Copyright replies that York's argument is an argument *in terrorem* and that it would respond reasonably to isolated acts of infringement. Access Copyright undoubtedly has the right to waive its claim for royalties in cases where infringement is inconsequential, but this does not derogate from its argument that tariffs are mandatory.

[42] Access Copyright's argument that tariffs are mandatory is based upon the text of the material portions of the Act, their context and their purpose.

Cette distinction s'estompe lorsque les tribunaux se servent du tarif pour calculer les dommages-intérêts. Un exemple parmi tant d'autres de ce raisonnement se trouve dans la décision *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. 348803 Alberta Ltd.*, 1997 CanLII 5389, [1997] A.C.F. n° 969 (QL) (1^{re} inst.), dans laquelle on peut lire ce qui suit (au paragraphe 5) :

Lorsqu'il est de pratique courante de délivrer des licences pour l'utilisation d'une œuvre, de la musique en l'espèce, les dommages-intérêts peuvent être fixés en fonction des redevances ou des droits de licence applicables. Les droits de licence visant la musique sont calculés à l'aide de nombres et de taux donnés qui figurent dans les tarifs de la Commission du droit d'auteur ainsi que de diverses statistiques relatives aux activités du titulaire de la licence.

[39] Ce raisonnement a peut-être contribué, au fil du temps, à étayer l'hypothèse selon laquelle les sociétés de gestion peuvent faire appliquer un tarif contre les personnes qui enfreignent un droit d'auteur, ce qui est justement la question soulevée par le présent appel.

[40] L'Université a tenté d'éviter la contrefaçon en ne reproduisant de documents protégés que dans la mesure prévue par ses Lignes directrices. Dans un nombre relativement restreint de cas, certaines de ses reproductions n'ont pas respecté ses Lignes directrices. Access Copyright affirme que, dans les deux cas, l'Université est tenue de payer des redevances dans la même mesure que si elle avait souscrit au tarif.

[41] L'Université fait valoir que la thèse d'Access Copyright signifie que, compte tenu de la forme du tarif en cause, un seul acte de contrefaçon aurait pour effet de l'astreindre à payer des redevances considérables pour une année entière. Access Copyright répond que l'Université avance un argument *in terrorem* et soutient qu'elle répondrait de manière raisonnable à des actes de contrefaçon isolés. Access Copyright a sans aucun doute le droit de renoncer aux redevances dans les cas où la violation est sans conséquence, mais cela ne change rien à son argument selon lequel les tarifs sont obligatoires.

[42] La thèse d'Access Copyright selon laquelle les tarifs sont obligatoires est fondée sur le libellé de parties importantes de la Loi, ainsi que sur leur contexte et leur objet.

[43] Beginning with the text, Access Copyright argues that the meaning of the word “tariff” is unequivocal and means “a schedule or system of duties imposed by a government on goods”. This leads it to conclude that a copyright tariff is imposed on users, whether or not the user agrees to be bound or not.

[44] Access Copyright also relies upon the change in the wording of the remedies provision in the portion of the Act dealing with collective administration of copyrights, specifically the removal of the reference to “licences” in the remedies provision of the Act. Access Copyright argues that the absence of the words “in respect of the issue or grant by it of licences” in subsection 68.2(1) means that its ability to collect royalties is no longer tied to the issuance of a licence but arises as soon as there is infringement of a work in its repertoire.

[45] As for context, Access Copyright points to paragraph 70.12(b) and section 70.191 which it says are inconsistent with a “voluntary tariff”. Access Copyright argues that since the tariff is only engaged when users have not entered into an agreement with the collective society under those sections, it would be incongruous to require the consent of the user to make the tariff enforceable.

[46] Finally on the issue of purpose, Access Copyright asks why a collective society would engage in the lengthy, time-consuming tariff process if, at the end of it all, users could simply “opt out” of the tariff. Access Copyright points out that the scheme of the Act provides for the protection of copyright owners’ rights while ensuring, by means of the tariff-setting process, that the fees charged for the use of works in a collective society’s repertoire are fair and reasonable.

[47] In my view these textual arguments are best dealt with in the legislative context in which they arose.

[48] I propose to proceed by first discussing the *Vigneux* decision in which the Supreme Court dealt with

[43] En commençant par le libellé, Access Copyright soutient que le sens du mot « tarif » est sans équivoque : [TRADUCTION] « un barème ou un système de droits imposés par le gouvernement sur des marchandises ». Elle en conclut qu’un tarif sur le droit d’auteur est imposé aux utilisateurs, que l’utilisateur ait ou non accepté d’y être lié.

[44] Access Copyright se fonde également sur la modification du libellé de la disposition relative aux recours dans la partie de la Loi qui porte sur la gestion collective des droits d’auteur, et plus précisément sur la suppression de la mention des « licences » dans cette disposition. Elle fait valoir que l’absence des mots « en paiement des licences qu’elle a délivrées ou accordées » au paragraphe 68.2(1) signifie que son droit de percevoir des redevances n’est plus lié à la délivrance d’une licence, mais qu’il naît dès qu’il y a violation à l’égard d’une œuvre de son répertoire.

[45] Pour ce qui est du contexte, Access Copyright renvoie à l’alinéa 70.12b) et à l’article 70.191 qui, selon elle, sont incompatibles avec la notion de [TRADUCTION] « tarif volontaire ». Elle fait valoir que, puisque le tarif n’est exécutoire que lorsque les utilisateurs n’ont pas conclu d’accord avec la société de gestion au titre de ces articles, il serait incongru d’exiger le consentement de l’utilisateur pour rendre le tarif exécutoire.

[46] Enfin, sur la question de l’objet, Access Copyright demande pourquoi une société de gestion s’engagerait dans un processus d’établissement de tarif long et fastidieux si, en fin de compte, les utilisateurs pouvaient simplement s’y « soustraire ». Elle souligne que le régime prévu par la Loi prévoit la protection des droits des titulaires de droits d’auteur tout en garantissant, au moyen du processus d’établissement de tarif, les frais facturés pour l’utilisation des œuvres du répertoire d’une société de gestion sont justes et raisonnables.

[47] À mon avis, il vaut mieux examiner les arguments sur le libellé dans le contexte législatif duquel ils proviennent.

[48] Je propose de commencer par analyser l’arrêt *Vigneux*, dans lequel la Cour suprême a examiné la

the original legislative response to performing rights societies and their monopoly or their market power with respect to performing rights. I will then trace the historical evolution of that legislative response to that mischief from the 1930's to 1985. I will then review the 1988, 1997 and 2012 amendments to the Act to see if they have changed the legislative scheme so that it supports Access Copyright's claim that the tariffs are mandatory. This will involve consideration of changes in the wording of the relevant provisions including subsection 68.2(1), as well as consideration of the meaning of terms used in the Act, notably "licences" and "tariff". I will then deal with some of the inconsistencies and the incoherence which Access Copyright says would result if tariffs are not mandatory.

[49] Because this analysis will require references to the Act as it read at different points in time, I will indicate the version of the Act to which I am referring by placing the year of the version or the amending act in parentheses. Thus, a reference to the version of the Act found in the Revised Statutes of Canada, 1985 will read "the Act (1985)" while a reference to the Act as it read after the 1936 amendments to the Act, enacted in *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1936, c. 28, will appear as "the Act (1936)".

(1) The rights conferred by copyright

[50] In the interval between the *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, and the 1985 revision of the statute book, the Act has defined the rights conferred by copyright in substantially the same form, that is:

3. (1) ... "copyright" means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, 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

(a) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work,

...

réponse législative initiale aux sociétés de perception de droits d'exécution et à leur monopole ou à leur emprise sur le marché en matière de droits d'exécution. Je regarderai ensuite l'évolution de la réponse législative à ce méfait, des années 1930 à 1985. Après cela, je passerai en revue les modifications apportées à la Loi en 1988, en 1997 et en 2012 pour voir si elles en ont changé le régime légal d'une manière qui étaye l'affirmation d'Access Copyright selon laquelle les tarifs sont obligatoires. Pour ce faire, j'examinerai les changements apportés au libellé des dispositions pertinentes, dont le paragraphe 68.2(1), ainsi que le sens des termes utilisés dans la Loi, notamment « licences » et « tarif ». Je me pencherai ensuite sur certaines des contradictions et l'incohérence qui, selon Access Copyright, s'ensuivraient si les tarifs n'étaient pas obligatoires.

[49] Comme cette analyse nécessitera des renvois à la Loi telle qu'elle était rédigée à différents moments, j'indiquerai la version de la Loi à laquelle je renvoie en précisant l'année de la version ou de la loi modificatrice. Ainsi, pour renvoyer à la version de la Loi figurant dans les Lois révisées du Canada de 1985, j'écrirai « la Loi de 1985 », tandis que pour renvoyer à la Loi telle qu'elle était rédigée après les modifications de 1936 promulguées dans la *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1936, ch. 28, j'écrirai « la Loi de 1936 ».

1) Les droits conférés par le droit d'auteur

[50] De la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, ch. 24, à la révision de 1985 du corpus législatif, la Loi a défini les droits conférés par le droit d'auteur essentiellement de la même façon, c'est-à-dire :

3. (1) [...] « droit d'auteur » S'entend du droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit s'entend, en outre, du droit exclusif :

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;

[...]

and to authorize any such acts.

(See Act (1985), subsection 3(1).)

The list of rights associated with copyright is considerably longer than the portions which I have reproduced above but, since this appeal deals with reproduction rights, I have referred only to those rights.

[51] This is to say that there are two kinds of rights flowing from copyright under the Act: the exclusive right to deal with the work in certain ways, in this case, to reproduce it, and the right to authorize others to exercise those rights. Since copyright is a form of property, copyright owners can assign their copyright to others who can then exercise all the rights of ownership: see *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20, at paragraphs 27–28, 116–117.

[52] The Act describes a copyright owner’s authorization of a third party to exercise one of their exclusive rights as a licensee. For example, subsection 13(4) of the Act (1985) reads as follows:

Assignments and licences

13. ...

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to territorial limitations, 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 his duly authorized agent.

[53] Monetizing one’s copyright often takes the form of licensing others to exercise one or more aspects of that right. If one sets aside issues of collective societies and tariffs for a moment, it ought not to be contentious to say that a licensing transaction between a copyright owner and a licensee is a consensual arrangement. An individual cannot acquire a licence without the consent of the

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

(Loi de 1985, paragraphe 3(1).)

La liste des droits associés au droit d’auteur est beaucoup plus longue que les passages que j’ai reproduits ci-dessus, mais, comme le présent appel porte sur les droits de reproduction, je me suis limité à citer ceux-là.

[51] Il existe donc deux types de droits découlant du droit d’auteur sous le régime de la Loi : le droit exclusif d’utiliser l’œuvre de certaines manières — en l’espèce, de la reproduire — et le droit d’autoriser d’autres personnes à exercer ces droits. Le droit d’auteur étant une forme de propriété, les titulaires de droits d’auteur peuvent céder leurs droits à d’autres personnes qui peuvent ensuite exercer tous les droits de propriété : voir l’arrêt *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20, aux paragraphes 27, 28, 116 et 117.

[52] La Loi définit en quoi consiste l’autorisation donnée par le titulaire d’un droit d’auteur à un tiers d’exercer l’un de ses droits exclusifs en tant que titulaire de licence. Par exemple, le paragraphe 13(4) de la Loi de 1985 est libellé ainsi :

Cession et licences

13. [...]

(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 territoriales, 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.

[53] Pour tirer profit d’un droit d’auteur, on a souvent recours à une licence accordée à d’autres personnes, qui exerceront un ou plusieurs aspects de ce droit. Si on met de côté un instant la question des sociétés de gestion et des tarifs, il est incontestable qu’une opération qui établit une licence entre un titulaire de droit d’auteur et un titulaire de licence représente une entente consensuelle. Nul

copyright owner and a copyright owner cannot impose financial or other terms, on a person who has not agreed to become a licensee. This is not to say that a copyright owner has no recourse against a person who infringes their copyright but the remedy is an action for damages for infringement: see Act (2012), sections 34–38.1.

[54] If an individual copyright owner cannot impose terms on a person who has not agreed to become a licensee, it follows that, at common law, a group of copyright owners or persons who have acquired certain rights from copyright owners are legally in no better position to impose terms on those who have not agreed to become licensees. As we shall see, this is the effect of the Supreme Court’s decisions in *Vigneux* and *SODRAC*.

[55] In practical terms, even though copyright owners acting collectively have no greater legal rights than an individual copyright owner, they can exercise market power if they control a sufficient portion of the market for the rights which they control. Market power can also be acquired by a single copyright holder who has acquired, by assignment or otherwise, a large enough repertoire that it has, in effect, cornered the market. This is what happened with performing rights in the early part of the 20th century, giving rise to the legislative response of interest in this appeal.

[56] The question in this appeal is whether the interposition of the Copyright Board between the user and the rights owner changes the relationship between them. This turns on the effect of the Board’s approval of a collective society’s proposed royalties. This is a question with a long history, which is best understood through the laborious process of a step by step historical review.

ne peut acquérir de licence sans le consentement du titulaire du droit d’auteur, et ce dernier ne peut imposer de conditions financières ou autres à une personne qui n’a pas accepté de devenir titulaire d’une licence. Cela ne veut pas dire que le titulaire d’un droit d’auteur n’a aucun recours contre la personne qui viole son droit d’auteur, mais le recours est une action en dommages-intérêts pour violation : voir la Loi de 2012, aux articles 34 à 38.1.

[54] Si le titulaire d’un droit d’auteur seul ne peut imposer de conditions à une personne qui n’a pas accepté de devenir titulaire de licence, il s’ensuit en common law qu’un groupe de titulaires de droit d’auteur ou de personnes ayant acquis certains droits auprès de titulaires de droit d’auteur n’est pas mieux placé juridiquement pour imposer des conditions à quiconque n’a pas accepté de devenir titulaire de licence. Comme nous le verrons, c’est là l’effet des jugements rendus par la Cour suprême dans les arrêts *Vigneux* et *SODRAC*.

[55] En pratique, même si les titulaires de droits d’auteur agissant collectivement n’ont pas plus de droits qu’un titulaire de droit d’auteur seul, ils peuvent exercer une emprise sur le marché s’ils dominent une partie suffisante du marché pour les droits qu’ils contrôlent. L’emprise sur le marché peut également être exercée par un seul titulaire de droit d’auteur ayant acquis, par cession ou autrement, un répertoire suffisamment important pour avoir, dans les faits, accaparé le marché. C’est ce qui s’est passé avec les droits d’exécution au début du XX^e siècle et qui a amené le législateur à adopter les dispositions dont il est question dans le présent appel.

[56] En l’espèce, la question est de savoir si le fait que la Commission du droit d’auteur se trouve interposée entre l’utilisateur et le titulaire des droits modifie la relation entre ces deux personnes. Cette relation dépend de l’effet de l’approbation par la Commission des redevances proposées par une société de gestion. Cette question ne date pas d’hier; pour mieux y répondre, il convient de procéder à l’examen détaillé de l’historique de la disposition, étape par étape.

(2) Legislative history: 1936 to 1985

[57] The state of affairs existing in the late 1920’s and early 1930’s was described by the Supreme Court in *Vigneux*. In his reasons, Chief Justice Duff described the environment which led to a series of amendments to the Act as it stood in 1921 (at pages 352–353):

Seven years after the Act of 1921 came into force the legislature realized that in respect of performing rights a radical change in the statute was necessary. Societies, associations and companies had become active in the business of acquiring such rights, and the respondents in this case admittedly have more or less successfully endeavoured to get control of the public performing rights in the vast majority of popular musical and dramatico-musical compositions which are commonly performed in public. The legislature evidently became aware of the necessity of regulating the exercise of the power acquired by such societies (I shall refer to them as dealers in performing rights) to control the public performance of such musical and dramatico-musical works....

...

.... it is evident that the legislature realized in 1931 that this business in which the dealers were engaged is a business affected with a public interest; and it was felt to be unfair and unjust that these dealers should possess the power so to control such performing rights as to enable them to exact from people purchasing gramophone records and sheets of music and radio receiving sets such tolls as it might please them to exact. It is of the first importance, in my opinion, to take notice of this recognition by the legislature of the fact that these dealers in performing rights, which rights are the creature of statute, are engaged in a trade which is affected with a public interest and may, therefore, conformably to a universally accepted canon, be properly subjected to public regulation.

[58] It can thus be seen that the mischief which Parliament sought to correct was the quasi-monopoly which performing rights societies had achieved by acquiring performing rights from the original owners of the copyright. The scheme which Parliament enacted in *The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8 and *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931* S.C. 1935, c. 8, was consolidated in the Act (1936). The discrete elements of the scheme are summarized below. The references are to the Act (1936).

2) L’évolution législative : de 1936 à 1985

[57] La Cour suprême, dans l’arrêt *Vigneux*, a exposé la situation qui existait à la fin des années 1920 et au début des années 1930. Dans ses motifs, le juge en chef Duff a présenté le contexte qui a conduit à une série de modifications de la Loi telle qu’elle était rédigée en 1921 (aux pages 352 et 353) :

[TRADUCTION] Sept ans après l’entrée en vigueur de la Loi de 1921, le législateur a constaté qu’un changement radical de la loi était nécessaire quant aux droits d’exécution. Les sociétés, associations et compagnies s’étaient lancées dans l’acquisition de ces droits et les intimés en l’espèce ont, il est vrai, plus ou moins réussi à obtenir le contrôle des droits d’exécution publique à l’égard de la grande majorité des compositions musicales et dramatico-musicales populaires qui sont couramment jouées en public. Le législateur a manifestement pris conscience de la nécessité de réglementer l’exercice du pouvoir acquis par ces sociétés (que j’appellerai « négociants en droits d’exécution ») pour contrôler l’exécution en public de ces œuvres musicales et dramatico-musicales.

[...]

[...] il est manifeste que le législateur s’est rendu compte en 1931 que cette activité à laquelle se livraient les négociants était une activité qui touche l’intérêt public; et il a été jugé injuste et inéquitable que ces négociants possèdent le pouvoir de contrôler les droits d’exécution de manière à faire payer ce qu’ils veulent aux acheteurs de disques de gramophone, de partitions et de récepteurs radio. Il est de la plus haute importance, à mon avis, de prendre acte du fait que le législateur reconnaît que ces négociants en droits d’exécution, dont les droits tirent leur origine de la loi, exploitent un commerce qui concerne l’intérêt public et peut donc, conformément à une règle universellement acceptée, être à juste titre assujetti à la réglementation publique.

[58] On peut donc voir que le mal que le législateur tentait de corriger était le quasi-monopole que les organisations de perception de droits d’exécution avaient obtenu en acquérant des droits d’exécution auprès des titulaires initiaux du droit d’auteur. Le régime adopté par le législateur dans la *Loi modificative du droit d’auteur, 1931*, S.C. 1931, ch. 8, et dans la *Loi modifiant la Loi modificatrice du droit d’auteur, 1931*, S.C. 1935, ch. 8, a été révisé dans la Loi de 1936. Les éléments distincts du régime sont résumés ci-dessous. Les renvois sont à la Loi de 1936 :

- Mandatory filing of a statement of the works in a society's repertoire (subsection 10(1));
- Mandatory filing of a statement of proposed fees, charges or royalties to be charged for issuing licences (subsection 10(2));
- No action for infringement without the consent of the Minister where the filing requirements have not been complied with (subsection 10(3));
- Notice of the proposed statement to, and a right to be heard by, the society and the public (section 10A);
- Approval of the statement of fees, charges or royalties, with or without alteration (subsection 10B(7));
- Amounts in the approved statement are the fees, charges or royalties which the society may lawfully sue for or collect for the grant or issuance of licences for the performance of works in their repertoire (subsection 10B(8));
- No action for infringement against any person who has tendered or paid the amounts set out in the approved statement (subsection 10B(9)).
- Dépôt obligatoire de listes des œuvres faisant partie du répertoire d'une société (paragraphe 10(1)).
- Dépôt obligatoire d'états des honoraires, redevances ou tantièmes qu'elle se propose de percevoir en paiement des licences (paragraphe 10(2)).
- Aucune action pour violation du droit d'auteur sans le consentement du ministre lorsque les exigences relatives au dépôt n'ont pas été respectées (paragraphe 10(3)).
- Publication des états proposés et possibilité pour la société et le public de faire connaître son opinion (article 10A).
- Approbation des états des honoraires, redevances ou tantièmes, avec ou sans modification (paragraphe 10B(7)).
- Les sommes figurant dans les états homologués sont les honoraires, redevances ou tantièmes que la société pourra légalement percevoir ou réclamer légalement en paiement des licences qu'elle aura émises ou accordées pour l'exécution d'œuvres de son répertoire (paragraphe 10B(8)).
- Aucun droit de poursuite ni recours pour la violation d'un droit d'exécution contre quiconque a payé ou offert de payer les sommes indiquées dans les états homologués (paragraphe 10B(9)).

[59] Because this constellation of features survived successive revisions and amendments, it is useful to briefly review their effects and the expected consequences of their application.

[59] Cet ensemble de caractéristiques ayant survécu aux révisions et aux modifications successives, il est utile de passer brièvement en revue leurs effets et les conséquences attendues de leur application.

[60] The obligation imposed on performing rights societies to disclose their repertoire could be expected to serve a public notice function so that users might know if they had to deal with a given performing rights society in order to obtain licence to perform a given work. This presumptive purpose would be enforced by the provision which prohibited a performing rights society from suing for infringement of a work which was not included in its statement of its repertoire.

[60] On pourrait s'attendre à ce que l'obligation faite aux sociétés de perception de droits d'exécution de divulguer leur répertoire remplisse une fonction d'avis au public et permette aux utilisateurs de savoir s'ils doivent s'adresser à une société de perception de droits d'exécution donnée pour obtenir une licence d'exécution d'une œuvre donnée. Cet objectif présumé serait atteint au moyen de la disposition interdisant à la société de perception de droits d'exécution d'intenter une action en

[61] A performing rights society’s obligation to file a statement of its proposed fees, charges or royalties and the publication of those proposed amounts allowed the public and more particularly, those who produced performances of copyrighted works, to know what the society was proposing to charge in the coming year. The right to be heard before the proposed fees were approved gave users some input into the approval process.

[62] Because of their recurrence in subsequent versions of the Act, certain provisions deserve to be reproduced now. First among these is subsection 10(1) of the Act (1936), which identifies those who are subject to these provisions (which I have been referring to as performing rights societies):

10. (1) Each society, association or company which carries on in Canada the business of acquiring copyrights in dramatico-musical or musical works or performing rights therein, and which deals with or in the issue or grant of licences for the performance in Canada of dramatico-musical or musical works in which copyright subsists, shall, from time to time, file with the Minister at the Copyright Office lists of all dramatico-musical and musical works, in current use in respect of which such society, association or company has authority to issue or grant performing licences or to collect fees, charges or royalties for or in respect of the performance of its works in Canada.

[63] This shows Parliament’s intention to regulate the practices of those that (a) engaged in the business of acquiring copyrights in dramatico-musical works or the performing rights in those works and (b) who dealt in the grant or issuance of licences for the performance of those works. It is important to note the emphasis on the “granting or issuance of licences”. This criterion recurs in all subsequent versions of the Act. This supports the dicta in *Vigneux* to the effect that the amendments were directed to the existing way of doing business with a view to regulating it by countering the effects of market

justice pour violation du droit d’auteur pour une œuvre qui ne fait pas partie de son répertoire.

[61] L’obligation pour une société de perception de droits d’exécution de déposer des états des honoraires, redevances ou tantièmes qu’elle propose ainsi que la publication de leur montant ont permis au public, et plus particulièrement aux personnes qui exécutaient des œuvres protégées par le droit d’auteur, de savoir ce que la société proposait de facturer au cours de l’année à venir. Le droit d’être entendu avant l’approbation des états proposés a permis aux utilisateurs de participer au processus d’approbation.

[62] Parce qu’elles reviennent dans les versions ultérieures de la Loi, certaines dispositions méritent d’être reproduites ici. Je commencerai par le paragraphe 10(1) de la Loi de 1936, qui précise quelles sont les personnes (que j’appelle les sociétés de perception de droits d’exécution) qui sont assujetties aux dispositions :

10. (1) Chaque association, société ou compagnie exerçant au Canada des opérations qui consistent à acquérir des droits d’auteur sur des œuvres musicales ou dramatico-musicales, ou les droits d’exécution qui en dérivent, et des opérations qui consistent à émettre ou à accorder des licences pour l’exécution, au Canada, d’œuvres musicales ou dramatico-musicales sur lesquelles un droit d’auteur subsiste, doit périodiquement déposer chez le Ministre, au Bureau du Droit d’auteur, des listes de toutes les œuvres musicales et dramatico-musicales d’exécution courante à l’égard desquelles cette association, société ou compagnie réclame l’autorité d’émettre ou d’accorder des licences d’exécution, ou de percevoir des honoraires, des redevances ou des tantièmes pour ou concernant l’exécution de ses œuvres au Canada.

[63] Cette disposition témoigne de l’intention du législateur de régir les pratiques des personnes qui, d’une part, se livrent à des opérations consistant à acquérir des droits d’auteur sur des œuvres musicales ou dramatico-musicales, ou les droits d’exécution qui en dérivent, et, d’autre part, se livrent à des opérations consistant à émettre ou accorder des licences pour l’exécution de ces œuvres. Il est important de souligner l’importance accordée aux mots « émettre ou [...] accorder des licences ». Ce critère revient dans toutes les versions ultérieures de la Loi, ce qui étaye les affirmations figurant

power which performing rights societies had acquired: see *Vigneux*, at page 352.

dans l'arrêt *Vigneux* voulant que les modifications aient été apportées pour régir les façons de faire qui avaient cours, de manière à contrer les effets de l'emprise sur le marché qu'avaient acquise les sociétés de perception de droits d'exécution : voir l'arrêt *Vigneux*, à la page 352.

[64] A second provision of the Act (1936) whose modification in subsequent versions of the Act is frequently the subject of comment is subsection 10B(8) which deals with the effect of the Copyright Office's approval of the performing rights society's proposed fees, charges or royalties:

[64] Une seconde disposition de la Loi de 1936 dont les versions modifiées successives ont fréquemment fait l'objet d'observations est le paragraphe 10B(8). Ce paragraphe porte sur l'effet de l'approbation par le Bureau du droit d'auteur des honoraires, redevances ou tantièmes proposés par la société de perception des droits d'exécution :

10B....

10B. [...]

...

[...]

(8) The statements of fees, charges or royalties so certified as approved by the Copyright Appeal Board shall be the fees, charges or royalties which the society, association or company concerned may respectively lawfully sue for or collect in respect of the issue or grant by it of licences for the performance of all or any of its works in Canada during the ensuing calendar year in respect of which the statements were filed as aforesaid.

(8) Les états des honoraires, redevances ou tantièmes ainsi certifiés comme homologués par le Tribunal d'appel du Droit d'auteur seront les honoraires, redevances ou tantièmes que l'association, société ou compagnie intéressée pourra réclamer ou percevoir légalement en paiement des licences qu'elle aura émises ou accordées pour l'exécution de toutes ses œuvres au Canada, ou de l'une quelconque d'entre elles, durant l'année civile suivante et en couverture desquelles les états auront été déposés comme susdit.

[65] This provision was carried forward, almost verbatim, to the 1985 revision of the statute book. By stipulating that the approved fees are the fees which may be sued for or collected by a society, this provision, by implication, prohibited the collection of fees in excess of the approved fees. In addition, this provision is an explicit limitation on performing rights societies' ability to maintain actions for amounts in excess of the approved fees, charges or royalties.

[65] Cette disposition a été reprise presque mot pour mot dans les versions successives de la Loi jusqu'à la révision de 1985 du corpus législatif. Puisqu'il est précisé que les droits homologués sont ceux qu'une société peut percevoir ou réclamer légalement, cette disposition interdit implicitement la perception de droits supérieurs aux droits homologués. En outre, cette disposition limite explicitement, pour les sociétés de perception de droits d'exécution, la capacité d'intenter des recours visant des sommes supérieures aux honoraires, redevances ou tantièmes homologués.

[66] As we shall see, modifications of this provision in the post-1985 amendments figure prominently in Access Copyright's arguments in favour of mandatory tariffs.

[66] Comme nous le verrons, les modifications apportées à cette disposition après 1985 occupent une place importante dans les observations d'Access Copyright à l'appui du caractère obligatoire des tarifs.

[67] The final element of this scheme which can usefully be reproduced is subsection 10B(9) of the Act (1936):

[67] Le dernier élément de ce régime qu'il me semble utile de reproduire ici est le paragraphe 10B(9) de la Loi de 1936 :

10B. ...

...

(9) No such society, association or company shall have any right of action or any right to enforce any civil or summary remedy for infringement of the performing right in any dramatico-musical or musical work claimed by any such society, association or company against any person who has tendered or paid to such society, association or company the fees, charges or royalties which have been approved as aforesaid.

[68] As we shall see, this provision has been carried forward to the most recent amendments to the Act which are relevant to this appeal.

[69] The Courts confirmed the limited scope of this scheme in a series of cases. In *Vigneux*, the Supreme Court, after summarizing the relevant provisions of the Act (1936), wrote:

The copyright holder is under no obligation to allow the public performance of any work or to grant a license for that purpose. He has all the rights of the ordinary owner; and, subject to any special provision of the *Copyright Act* expressly stating otherwise, he may protect his ownership, or any infringement thereof, by means of an injunction.

(*Vigneux*, at page 364.)

[70] These words succinctly confirm that the pre-amendment rights and obligations of copyright holders and users remain in force except to the extent that they have been expressly modified.

[71] One such modification was the stipulation found at subsection 10B(9) according to which a person who paid the approved fee, charge or royalty could not be sued for infringement. It is a reasonable assumption that this provision was introduced to prevent performing rights societies from withholding licences as a way of improving their position by demanding payment of a greater amount in advance so that the restrictions on their ability to set prices unilaterally were rendered ineffective.

10B. [...]

[...]

(9) Aucune pareille association, société ou compagnie n’aura le droit de poursuivre ou de demander l’application d’un recours civil ou sommaire contre la violation d’un droit d’exécution subsistant dans une œuvre dramatico-musicale ou musicale, réclamé par cette association, société ou compagnie contre quiconque aura payé ou offert de lui payer les honoraires, redevances ou tantièmes homologués comme susdit.

[68] Comme nous le verrons, cette disposition a été maintenue jusque dans les modifications les plus récentes de la Loi, qui constituent la version pertinente en l’espèce.

[69] La jurisprudence a confirmé à plusieurs reprises la portée limitée de ce régime. Dans l’arrêt *Vigneux*, la Cour suprême a écrit ce qui suit après avoir résumé les dispositions pertinentes de la Loi de 1936 :

[TRADUCTION] Le titulaire du droit d’auteur n’est pas tenu d’autoriser l’exécution publique d’une œuvre ni d’accorder une licence à cette fin. Il a tous les droits du propriétaire ordinaire et, sous réserve de toute disposition spéciale expressément contraire de la *Loi sur le droit d’auteur*, il peut protéger son droit de propriété ou se protéger contre toute atteinte à celui-ci au moyen d’une injonction.

(*Vigneux*, à la page 364.)

[70] Ces mots confirment succinctement que les droits et obligations des titulaires de droits d’auteur et des utilisateurs qui étaient en vigueur avant les modifications demeuraient les mêmes, sauf s’ils étaient expressément modifiés.

[71] L’une de ces modifications était la disposition, au paragraphe 10B(9), voulant que quiconque ayant payé les honoraires, les redevances ou les tantièmes homologués ne puisse être poursuivi pour violation du droit d’auteur. On peut raisonnablement penser que cette disposition a été adoptée pour empêcher les sociétés de perception de droits d’exécution de refuser des licences afin d’améliorer leur situation en exigeant le paiement à l’avance d’une somme plus élevée, ce qui rendrait inefficaces les restrictions imposées à leur capacité de fixer les prix unilatéralement.

[72] Subsequent to the Supreme Court’s decision in *Vigneux*, the effect of these amendments was considered in a number of cases, including *Maple Leaf Broadcasting v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624, 1954 CanLII 62 (*Maple Leaf Broadcasting*). In that case, Maple Leaf failed to pay an approved royalty which was calculated as a percentage of its revenue. The copyright holder (CAPAC) sued, not for royalties but for damages for infringement. Maple Leaf argued that a delay in approving CAPAC’s statement beyond the end of the year meant that it could not know, at the beginning of the following year, the amount which it would have to pay to “avail [itself] of the protection against an action for infringement afforded by section 10B(9)”: *Maple Leaf Broadcasting*, at page 629. The Court held that this deficiency was not a sufficient reason to declare the tariff invalid but it recognized that:

.... [Maple Leaf] would, however, still be in ignorance as to what percentage of this revenue he would be required to pay for a license and it is at least conceivable that there might be cases in which such [broadcaster] would decide against taking a license at the fee stipulated in the statement filed but would be willing to take a license at the fee finally certified by the Board.

(*Maple Leaf Broadcasting*, at page 630.)

[73] This passage confirms that a user was free to choose whether or not it would take a licence from CAPAC on the terms set out in the approved statement. It is clear from this that the scheme set out in the Act (1936) did not displace the pre-amendment way of doing business but simply regulated it. It is clear as well that the decision to become (or not) a licensee was a matter to be decided by the user. Maple Leaf did not become a licensee by the mere fact of having infringed CAPAC’s copyright.

[74] In *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Limited v. Sandholm Holdings Limited et al.*, [1955] Ex. C.R. 244, (1955), 24 C.P.R. 58 (*Sandholm*

[72] À la suite de l’arrêt *Vigneux* de la Cour suprême, l’effet de ces modifications a été examiné dans un certain nombre de décisions, notamment dans l’arrêt *Maple Leaf Broadcasting v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624 (*Maple Leaf Broadcasting*). Dans cette affaire, Maple Leaf avait omis de payer une redevance homologuée, calculée en pourcentage de ses revenus. Le titulaire du droit d’auteur, l’Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (la CAPAC) a intenté une action en justice, non pas pour faire payer les redevances, mais pour obtenir des dommages-intérêts pour violation. Maple Leaf a fait valoir que, puisque les états de la CAPAC n’étaient pas encore homologués à la fin de l’année, elle ne pouvait pas savoir, au début de l’année suivante, la somme qu’elle devrait payer pour [TRADUCTION] « se prévaloir de la protection contre les poursuites pour violation prévue au paragraphe 10B(9) » (*Maple Leaf Broadcasting*, à la page 629). La Cour a estimé que cette lacune n’était pas une raison suffisante pour que le tarif soit déclaré invalide, mais elle a reconnu ceci :

[TRADUCTION] [...] [Maple Leaf], cependant, ne saurait toujours pas quel pourcentage de ces revenus devrait être versé pour obtenir une licence, et on peut au moins concevoir qu’il existe des cas dans lesquels un tel [radio-diffuseur] choisirait de ne pas devenir titulaire de licence en payant les droits indiqués dans les états déposés, mais serait prêt à le devenir en payant les droits finalement homologués par la Commission.

(*Maple Leaf Broadcasting*, à la page 630.)

[73] Ce passage confirme que l’utilisateur était libre de choisir s’il voulait ou non devenir titulaire d’une licence de la CAPAC aux conditions énoncées dans les états homologués. Il en ressort clairement que le régime établi par la Loi de 1936 n’a pas remplacé la façon de faire des affaires qui existait avant la modification, mais l’a simplement encadrée. Il est également clair que la décision de devenir ou non titulaire d’une licence revenait à l’utilisateur. Le simple fait d’avoir enfreint le droit d’auteur de la CAPAC n’a pas fait de Maple Leaf un titulaire de licence.

[74] Dans l’affaire *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Limited v. Sandholm Holdings Limited et al.*, [1955] R.C. de l’É. 244, (1955), 24 C.P.R.

Holdings) a cabaret owner agreed to take a licence from the plaintiff performing rights society (CAPAC) and made a partial payment of the licence fee. When the cabaret owner failed to pay the balance, CAPAC cancelled the licence, sued for the licence fees for the year and for damages for infringement for the period after the licence cancellation. The Exchequer Court held that CAPAC could not collect both licence fees and damages for the same use of its repertoire:

Since the plaintiff is entitled to license fees for the years 1952 and 1953 it is obvious that it cannot also recover damages for infringement of copyright during these years. The two remedies are inconsistent. ... If during the currency of this license, the defendant performed any of such musical works it did so with the plaintiff's consent [by virtue of being a licensee] and could not be an infringer of its copyright.

(*Sandholm Holdings*, at page 68, cited to C.P.R. [at pages 253–254 of Ex. C.R.]

[75] This passage confirms, once again, that the normal rules as to licensing were not abrogated by the introduction of the statutory scheme with respect to performing rights societies. Even if the Exchequer Court had not said so, it would nonetheless be self-evident that one cannot be a licensee and an infringer at the same time. The Court expressed this in terms of the impossibility of being an infringer if one is a licensee. Logically, the opposite must be equally true: the fact of infringing means that one is unauthorized, i.e., not a licensee and therefore not liable for licence fees.

[76] In *Performing Rights Organization of Canada Ltd./ Société de droits d'exécution du Canada Ltée v. Lion d'Or (1981) Ltée. et al.* (1987), 16 F.T.R. 104, 17

58 (*Sandholm Holdings*), il était question d'un propriétaire de cabaret qui avait accepté de devenir titulaire d'une licence auprès de la société de perception de droits d'exécution demanderesse, la CAPAC, et avait versé un paiement partiel du droit de licence. Lorsque le propriétaire du cabaret n'a pas payé le solde, la CAPAC a annulé la licence et a engagé des poursuites afin d'obtenir les droits de licence pour l'année ainsi que des dommages-intérêts pour violation des droits pour la période postérieure à l'annulation de la licence. La Cour de l'Échiquier a estimé que la CAPAC ne pouvait pas percevoir à la fois des droits de licence et des dommages-intérêts pour une même utilisation de son répertoire :

[TRADUCTION] Étant donné que la demanderesse peut prétendre à des droits de licence pour les années 1952 et 1953, il est évident qu'elle ne peut pas également obtenir des dommages-intérêts pour violation du droit d'auteur pendant ces années. Les deux mesures de redressement sont incompatibles. [...] Si, pendant la durée de cette licence, la défenderesse a exécuté une de ces œuvres musicales, elle l'a fait avec le consentement de la demanderesse [du fait qu'elle est titulaire de licence] et ne peut pas être l'auteur d'une violation du droit d'auteur de la demanderesse.

(*Sandholm Holdings*, à la page 68 dans le C.P.R. [aux pages 253 et 254 du R.C. de l'É.]

[75] Ce passage confirme, une fois de plus, que les règles normales en matière d'octroi de licences n'ont pas été abrogées par l'introduction du régime légal concernant les sociétés de perception des droits d'exécution. Même si la Cour de l'Échiquier ne l'avait pas dit, il aurait tout de même été manifeste qu'on ne pouvait pas être à la fois le titulaire d'un droit d'auteur et l'auteur d'une violation de ce droit. La Cour a présenté cette conclusion en mettant en évidence l'impossibilité de violer un droit d'auteur si on est titulaire de licence. Logiquement, l'inverse doit être tout aussi vrai : si une personne enfreint le droit d'auteur, cela signifie qu'elle n'est pas autorisée à exécuter les œuvres, c'est-à-dire qu'elle n'est pas titulaire de licence et n'est donc pas assujettie à des droits de licence.

[76] Dans la décision *Performing Rights Organization of Canada Ltd./Société de droits d'exécution du Canada Ltée v. Lion d'Or (1981) Ltée.* (1987), 16 F.T.R. 104, 17

C.P.R. (3d) 542 (F.C.T.D.), the Federal Court again considered the operation of the statutory scheme. The defendant was a cabaret owner who refused to take a licence from the plaintiff but nonetheless used works from the plaintiff's repertoire in his cabaret. The plaintiff sued for infringement. In the course of dealing with the claim, the Federal Court opined that the remedies section of the Act (subsection 50(9) of the 1970 version of the Act, found at R.S.C. 1970, c. C-30, which reproduces subsection 10B(8) of the Act (1936)) only applied to persons who had agreed to take a licence from the plaintiff. In the absence of a licence, the plaintiff's remedy was an action for infringement. In coming to this conclusion, the Federal Court relied on the specific wording of the remedies section which provided that the amounts in the approved statement were those which a society could lawfully sue for or collect "in respect of the issue or grant by it of licences".

[77] In my view, the portions of the Act dealing with performing rights societies, as interpreted by this jurisprudence, were intended to regulate the licensing practices of performing rights societies and not to replace them by a non-consensual scheme. This view is supported by the repeated references to licences and licensing schemes in the text of these provisions. It is also supported by the limited, though important, interference in the performing rights societies' business.

[78] The one change in the scheme which went beyond regulation was the provision for immunity from prosecution for infringement for those who tendered or paid the amounts set out in the approved statement of fees charges or royalties. As noted previously, this measure was presumably intended to prevent performing rights societies from circumventing the statutory scheme by withdrawing their repertoire from the market by refusing to issue licences.

C.P.R. (3d) 542 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour fédérale s'est penchée une nouvelle fois sur le fonctionnement du régime légal. La défenderesse était une propriétaire de cabaret qui avait refusé de se munir d'une licence auprès de la demanderesse, mais qui utilisait néanmoins des œuvres du répertoire de cette dernière dans son cabaret. La demanderesse a intenté une action pour violation du droit d'auteur. Lors de l'examen de la demande, la Cour fédérale a estimé que l'article de la Loi relatif aux recours (c'est-à-dire le paragraphe 50(9) de la version de 1970 de la Loi, S.R.C. 1970, ch. C-30, qui reprend le paragraphe 10B(8) de la Loi de 1936) ne s'appliquait qu'aux personnes qui avaient accepté de devenir titulaires d'une licence de la demanderesse. Faute de licence, le recours de la demanderesse était une action pour violation. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour fédérale s'est fondée sur le libellé précis de l'article relatif aux recours, qui disposait que les sommes figurant dans les états homologués étaient celles que la société pouvait percevoir ou réclamer légalement « en paiement des licences qu'elle a émises ou accordées ».

[77] À mon avis, selon l'interprétation qui leur est donnée dans cette série de précédents, les parties de la Loi relatives aux sociétés de perception de droits d'exécution visaient à encadrer les pratiques d'octroi de licences des sociétés de perception de droits d'exécution et non à les remplacer par un régime non consensuel. Ce point de vue est étayé par les renvois répétés aux licences et aux systèmes d'octroi de licences dans le libellé de ces dispositions. Il est également étayé par l'intervention limitée, mais importante, dans les activités des sociétés de perception de droits d'exécution.

[78] La seule modification apportée au régime qui allait au-delà de l'encadrement était la disposition relative à l'immunité contre les poursuites pour violation du droit d'auteur pour les personnes ayant payé ou offert de payer les sommes indiquées dans les états homologués des honoraires, redevances ou tantièmes. Comme je l'ai mentionné plus haut, cette mesure visait vraisemblablement à empêcher les sociétés de perception de droits d'exécution de contourner le régime légal en retirant leur répertoire du marché par leur refus d'accorder des licences.

[79] The right to perform a work upon payment of the approved rate is often referred to as a Statutory Licence. This is misleading because the performing rights society has not agreed to authorize such a user to perform a work in its repertoire and therefore, there is no licence. Rather, the society has lost its right to collect or recover by action any amount in excess of the approved rate. While the practical effect is the same as a licence, the means by which that effect is produced is substantially different.

[80] A licence is an authorization to exercise a copyright holder’s exclusive right while a limitation on a remedy deprives a rights holder of a remedy for the unauthorized exercise of its exclusive right.

[81] As a result, I do not subscribe to the views expressed by the Exchequer Court to the effect that the Act (1936) effected a radical change to the licensing regime:

.... The result is that the performing rights societies have now no right to fix the fees, charges or royalties for the issue or grant of their licenses but in lieu of their former right have been given a statutory right to sue for or collect the fees certified as approved by the Copyright Appeal Board. The fees for a license to perform the musical works in which a performing rights society owns the performing rights are no longer a matter of contract between the society and the user of the music but a matter of statutory fixation by the Copyright Appeal Board.

(*Sandholm Holdings*, at page 67 [cited to C.P.R., at page 253 of Ex. C.R.].)

[82] It is important to understand what the legislation authorizes the Copyright Appeal Board to do. The Board’s only power is to approve, with or without modification, the fees proposed by the society. While the fees are “set” in the sense that the society is precluded from suing for or collecting any other amount, the fees remain the society’s fees and not the Board’s.

[79] Le droit d’exécuter une œuvre moyennant le paiement du tarif homologué est souvent appelé [TRADUCTION] « licence légale ». Cette appellation est trompeuse, car la société de perception de droits d’exécution n’a pas accepté d’autoriser l’utilisateur en question à exécuter une œuvre de son répertoire, donc il n’y a pas de licence. La société a plutôt perdu son droit de percevoir ou de recouvrer par voie d’action toute somme supérieure au tarif homologué. Si l’effet concret est le même que celui d’une licence, les moyens par lesquels cet effet est produit sont sensiblement différents.

[80] Une licence est une autorisation d’exercer le droit exclusif d’un titulaire de droit d’auteur, tandis qu’une restriction des recours prive le titulaire d’un droit d’un recours contre l’exercice non autorisé de son droit exclusif.

[81] Par conséquent, je ne souscris pas à l’opinion exprimée par la Cour de l’Échiquier selon laquelle la Loi de 1936 a été à l’origine d’un changement radical dans le système d’octroi de licences :

[TRADUCTION] [...] Il en résulte que les sociétés de perception de droits d’exécution n’ont désormais plus le droit de fixer les honoraires, redevances ou tantièmes pour émettre ou accorder leurs licences, mais, en lieu et place de leur ancien droit, elles ont obtenu le droit légal de percevoir ou réclamer judiciairement les droits certifiés comme homologués par le Tribunal d’appel du Droit d’auteur. Les droits pour une licence d’exécution des œuvres musicales dont une société de perception de droits d’exécution est titulaire ne relèvent plus d’un contrat entre la société et l’utilisateur de la musique, mais de ce qui est établi par le Tribunal d’appel du Droit d’auteur en vertu de la loi.

(*Sandholm Holdings*, à la page 67 [du C.P.R., à la page 253 du R.C. de l’É.].)

[82] Il est important de comprendre ce que la loi permet au Tribunal d’appel du droit d’auteur de faire. Le seul pouvoir du Tribunal est d’homologuer, avec ou sans modification, les droits proposés par une société. Bien que les droits soient « fixés » en ce sens que la société ne peut pas percevoir d’autres sommes ni intenter de poursuites pour d’autres sommes, les droits demeurent ceux établis par la société, et non par le Tribunal.

[83] Similarly, it is not accurate to say that the society is given “a statutory right to sue for or collect the fees certified as approved by the Copyright Appeal Board”. In fact, the effect of the remedies provision (subsection 10B(8) of the Act (1936), subsection 70(1) of the Act (1985)), is to limit the amount which a performing rights society can sue for or collect. This does not, in my view, represent a statutory right; it is a statutory limitation on remedies. Performing rights societies had the right to sue for and collect their licence fees prior to the introduction of the 1936 amendments. The effect of the amendment is to limit the amount they could collect or recover by action for a performing rights licence.

[84] The only statutory right conferred by these provisions is the immunity given to users who pay or offer to pay the approved amount to perform a protected work without the consent of the copyright holder.

[85] All of this to say that the performing rights regime introduced into the law by the Act (1936) did not transform the pre-amendment consensual licensing scheme into a non-consensual scheme. Given that subsequent amendments and revisions up to and including the 1985 revision of the statute book did not alter the scheme introduced by the Act (1936), the law remained as it was declared in *Vigneux* until then. This conclusion does not, however, settle the question of whether amendments subsequent to the 1985 revision of the Act changed the nature of the statutory scheme.

[86] As a point of clarification before moving on, because of the wide currency of the phrase “Statutory Licence”, I will continue to use it to refer to the immunity from action available to those who pay or offer to pay the approved licence fees.

[83] De même, il est inexact de dire que la société dispose d’un [TRADUCTION] « droit légal de percevoir ou réclamer judiciairement les droits certifiés et homologués par le Tribunal d’appel du Droit d’auteur ». En fait, la disposition relative aux recours (paragraphe 10B(8) de la Loi de 1936; paragraphe 70(1) de la Loi de 1985) a pour effet de limiter la somme qu’une société de perception de droits d’exécution peut percevoir ou pour laquelle elle peut intenter des poursuites. À mon avis, par cette disposition, la Loi ne confère pas un droit; elle a plutôt pour objet de restreindre les recours. Avant les modifications de 1936, les sociétés de perception de droits d’exécution avaient le droit de percevoir et de réclamer par la voie judiciaire leurs droits de licence. La modification a eu pour effet de limiter la somme que les sociétés pouvaient percevoir ou recouvrer par voie d’action pour une licence de droits d’exécution.

[84] Le seul droit conféré par ces dispositions est l’immunité accordée aux utilisateurs qui paient ou offrent de payer les droits homologués pour l’exécution d’une œuvre protégée sans le consentement du titulaire du droit d’auteur.

[85] Tout cela pour dire que le régime de droits d’exécution instauré par la Loi de 1936 n’a pas transformé le système consensuel d’octroi de licences antérieur en un système non consensuel. Étant donné que les modifications et révisions ultérieures, jusqu’à la révision de 1985 du corpus législatif inclusivement, n’ont pas modifié le régime établi par la Loi de 1936, le droit est demeuré jusqu’en 1985 tel qu’il avait été constaté dans l’arrêt *Vigneux*. Cette conclusion toutefois ne répond pas à la question de savoir si les modifications apportées après la révision de la Loi en 1985 ont changé la nature du régime légal.

[86] Avant de poursuivre, je tiens à préciser que, puisque l’expression [TRADUCTION] « licence légale » est souvent utilisée, je continuerai à l’employer pour renvoyer à l’immunité contre les poursuites dont bénéficient les personnes qui paient ou offrent de payer les droits de licence homologués.

(3) Legislative history: 1988 amendments

[87] As a result of one of the accidents of timing which may occur in the statutory revision process, amendments to the Act which were passed and given royal assent after 1985 were included in the Supplements to the revised statutes: see *Revised Statutes of Canada 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40, paragraph 12(a).

[88] The 1988 amendments, found at [*Copyright Act*] R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10 are noteworthy for two reasons. First, the amendments provided a first legal framework for the collective administration of copyrights other than performing rights. This is significant for this appeal, which arises in the context of the collective administration of reproduction rights. While the 1988 amendments were only a first step in this process, which was completed with the 1997 amendments, they provide some insight into the kind of collective administration which Parliament had in mind.

[89] Collective administration differs significantly from the business model in effect at the time of the Act (1936). The “dealers in performing licences” whose conduct prompted legislative intervention acquired performing rights from rights holders and then exploited them for their own benefit. Collective administration is the administration of rights by rights holders (via an organization which they control) for their own benefit. The question which will have to be addressed is whether this change resulted in a modification of the objectives of the statutory scheme.

[90] The second reason the 1988 amendments are noteworthy is that they recognized “licensing bodies”, the precursors of collective societies, as a vehicle by means of which the collective administration of copyrights could be carried out. Once again, this change came to full term in the 1997 amendments when all those who administered rights for and on behalf of the rights holders became collective societies which were entitled to

3) L'évolution législative : les modifications de 1988

[87] Étant donné les aléas qui accompagnent le processus de révision des lois, certaines modifications à la Loi qui ont été adoptées et ont reçu la sanction royale après 1985 ont été incluses dans les suppléments des Lois révisées : voir la *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 40, alinéa 12a).

[88] Les modifications de 1988 [de la *Loi sur le droit d'auteur*], dont la référence est L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, sont intéressantes pour deux raisons. Tout d'abord, les modifications instaurent pour la première fois un cadre légal pour la gestion collective de droits d'auteur autres que des droits d'exécution. Il s'agit d'un élément important pour le présent appel, qui concerne la gestion collective de droits de reproduction. Même si les modifications de 1988 n'étaient qu'une première étape dans ce processus, qui s'est achevé avec les modifications de 1997, elles donnent un aperçu du type de gestion collective qu'envisageait le législateur.

[89] La gestion collective diffère sensiblement du modèle de fonctionnement en vigueur à l'époque de la Loi de 1936. Les [TRADUCTION] « négociants en licences d'exécution » dont le comportement a été à l'origine de l'intervention législative faisaient l'acquisition de droits d'exécution auprès de titulaires de droits puis les exploitaient à leur propre profit. La gestion collective est la gestion des droits par les titulaires de droits (par l'intermédiaire d'une organisation sous leur autorité) pour leur propre bénéfice. La question qu'il faudra trancher est celle de savoir si ce changement a eu pour effet de modifier les objectifs du régime légal.

[90] La deuxième raison pour laquelle les modifications de 1988 sont intéressantes est qu'elles ont reconnu que les sociétés de gestion appelées « *licensing bodies* » en anglais, les précurseurs des sociétés de gestion appelées « *collective societies* » en anglais, pouvaient procéder à la gestion collective des droits d'auteur. Encore une fois, ce changement a pris toute son ampleur dans les modifications de 1997, lorsque toutes les personnes qui

engage in the collective administration of the full range of copyrights.

[91] Finally, the 1988 amendments are noteworthy from the point of view of the administration of performing rights because of the amendment to the remedies provision which, as noted earlier, figures prominently in Access Copyright’s argument for mandatory tariffs.

(a) *Performing rights societies*

[92] The 1988 amendments introduced a number of modest changes to the performing rights portion of the Act, such as limiting the repertoire disclosure limit in subsection 67(1) to works in current use, and the inclusion of the requirement in subsection 67(2) to file statements of proposed amounts to be collected in “both official languages”. This last change is not a modest change from the point of view of our linguistic heritage but it is modest from the point of view of collective administration.

[93] Another such change is the use of the word “royalties” to describe the amounts to be collected for licences, instead of the expression “fees, charges or royalties”. It would be difficult to argue credibly that the scope of “royalties” was increased by being separated from “fees, charges or”, the words which appeared in the predecessors to subsection 67(2). The change was likely driven by nothing more momentous than the legislative draftsman’s attempt to simplify the statutory language, given that “royalties” has been included in the description of the amounts that could be collected ever since the Act (1936).

[94] For the purposes of this appeal, the most important amendment in 1988 was the replacement of

géraient des droits pour les titulaires de droits et au nom de ces derniers sont devenues des sociétés de gestion habilitées à s’engager dans la gestion collective de toute la gamme des droits d’auteur.

[91] Enfin, les modifications de 1988 sont intéressantes du point de vue de la gestion des droits d’exécution en raison des changements qu’elles apportaient à la disposition relative aux recours qui, comme il a été dit plus haut, occupe une place importante dans les observations d’Access Copyright en faveur de tarifs obligatoires.

a) *Les sociétés de perception de droits d’exécution*

[92] Les modifications de 1988 ont apporté plusieurs changements mineurs dans la partie de la Loi relative aux droits d’exécution, par exemple limiter la divulgation du répertoire aux œuvres d’exécution courante (au paragraphe 67(1)) et obliger à ce que les projets de tarif des droits à percevoir soient déposés dans « les deux langues officielles » (au paragraphe 67(2)). Ce dernier changement n’est pas mineur sur le plan de notre patrimoine linguistique, mais il l’est pour ce qui est de la gestion collective.

[93] L’utilisation du mot « droits » au lieu de l’expression « honoraires, redevances ou tantièmes » pour désigner les sommes à percevoir pour les licences est un autre changement important. Il serait difficile de soutenir d’une façon crédible que la portée du terme « droits » est plus large que celle des termes qu’il remplace, « honoraires, redevances ou tantièmes », qui sont les termes qui figuraient dans les versions antérieures des règles figurant au paragraphe 67(2). Selon toute vraisemblance, ce changement témoigne simplement de l’intention du rédacteur législatif de simplifier le libellé de la Loi, d’autant plus que l’équivalent du terme « droit » dans la version anglaise, « royalties », figure dans l’énumération servant à désigner les sommes pouvant être perçues depuis la Loi de 1936.

[94] Pour les besoins du présent appel, la modification la plus importante apportée en 1988 a été le

subsection 70(1) of the Act (1985) with subsection 67.2(2) of the Act (1988). That change lies at the heart of the debate about whether approved tariffs are mandatory. Subsection 70(1) was substantially the same as the original provision (see Act (1936), subsection 10B(8)), which placed a limit on a performing society’s right to collect amounts other than those in the approved statement. The replacement provision, subsection 67.2(2) appears to give performing rights societies broader enforcement rights, rather than placing a limit on available remedies.

remplacement du paragraphe 70(1) de la Loi de 1985 par le paragraphe 67.2(2) de la Loi de 1988. Ce changement est au cœur du débat sur le caractère obligatoire des tarifs homologués. Le paragraphe 70(1) était, pour l’essentiel, identique à la disposition originale (voir le paragraphe 10B(8) de la Loi de 1936), qui limitait le droit d’une société de perception de droits d’exécution de percevoir des sommes autres que celles figurant dans les états homologués. La disposition de substitution, c’est-à-dire le paragraphe 67.2(2), semble, plutôt que de limiter les recours disponibles, conférer aux sociétés de perception de droits d’exécution une plus grande marge de manœuvre lorsqu’elles cherchent à faire respecter leurs droits.

1985 version	1988 version
<p>70. (1) The statements of fees, charges or royalties certified as approved by the Copyright Appeal Board shall be the fees, charges or royalties that the society, association or company concerned may lawfully sue for or collect in respect of the issue or grant by it of licences for the performance of all or any of its works in Canada during the ensuing calendar year in respect of which the statements were filed.</p>	<p>67.2 ...</p> <p>...</p> <p>(2) Without prejudice to any other remedies available to it, a society, association or corporation may, for the period specified in its approved statement, collect the royalties specified in the statement or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.</p>

Version de 1985	Version de 1988
<p>70. (1) Les états des honoraires, redevances ou tantièmes certifiés comme homologués par la Commission d’appel du droit d’auteur sont les honoraires, redevances ou tantièmes que l’association, la société ou la compagnie intéressée peut réclamer ou percevoir légalement en paiement des licences qu’elle a délivrées ou accordées pour l’exécution de toutes ses œuvres au Canada, ou de l’une quelconque d’entre elles, durant l’année civile suivante et à l’égard desquelles les états ont été déposés.</p>	<p>67.2 ...</p> <p>...</p> <p>(2) L’association, la société ou la personne morale peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les droits qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.</p>

[95] As discussed earlier in these reasons, the Act (1936) imposed limits on performing rights societies’ ability to exercise their market power by dictating non-competitive prices for performing rights licences. As mentioned earlier, the 1936 amendments did not specifically provide these societies with the right to collect or sue for their fees because those rights existed independently of the Act (1936). At the same time, performing rights societies continued to enjoy remedies for infringement to the extent that they either owned

[95] Comme je l’ai dit précédemment dans les présents motifs, la Loi de 1936 a limité la capacité des sociétés de perception de droits d’exécution d’exercer leur emprise sur le marché en imposant des prix non concurrentiels pour les licences de droits d’exécution. J’ai aussi affirmé que les modifications de 1936 ne conféraient pas précisément à ces sociétés le droit de percevoir ou de réclamer par la voie judiciaire leurs redevances puisque ce droit existait indépendamment de la Loi de 1936. En même temps, les sociétés de perception de droits d’exécution

the performing rights in the works in question or were authorized by the owners of those rights to sue on their behalf.

[96] The question, then, is whether subsection 67.2(2) creates new enforcement mechanisms for new obligations. This question matters because Access Copyright's argument in favour of mandatory tariffs relies heavily upon subsection 67.2(2) of the Act (1988) (which later became subsection 68.2(1) of the Act (1997) [*An Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24]).

[97] The force of the argument that subsection 67.2(2) adds something to the statutory scheme that was not previously present arises from the comparison with subsection 70(1), the provision that it replaced. The fact that there are no longer any reference to licences in subsection 67.2(2) supports the inference that enforcement of the tariff is no longer tied to the performing rights societies' licensing schemes. Access Copyright argues that, as a result, a performing rights society's approved statement of royalties can be enforced against anyone who infringes the works in a performing rights society's repertoire.

[98] Before a right can be enforced, the right itself must exist. A provision which gives a remedy does not automatically create a new right which the remedy vindicates. If Parliament had said unambiguously that infringers of performing rights were liable to pay royalties, then subsection 67.2(2) would complement that pronouncement by providing the means by which that obligation could be enforced against infringers.

[99] An unambiguous statement that approved royalties for performing rights were payable by infringers would result in a radical transformation in the performing rights scheme. Performing rights societies would no longer be limited to collecting royalties from those who agreed to take a licence but would be free to

ont continué à bénéficier de recours en cas de violation si elles étaient soit titulaires des droits d'exécution des œuvres en question, soit autorisées par les titulaires de ces droits à engager des poursuites en leur nom.

[96] La question est donc de savoir si le paragraphe 67.2(2) crée de nouveaux mécanismes d'application de la loi pour les nouvelles obligations. Il s'agit d'une question importante, car les observations d'Access Copyright en faveur des tarifs obligatoires reposent largement sur le paragraphe 67.2(2) de la Loi de 1988 (qui est par la suite devenu le paragraphe 68.2(1) de la Loi de 1997 [*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, ch. 24]).

[97] La valeur de l'argument voulant que le paragraphe 67.2(2) ajoute quelque chose au régime légal provient de la comparaison avec le paragraphe 70(1), que le paragraphe 67.2(2) a remplacé. La suppression de la mention des licences dans le paragraphe 67.2(2) étaye l'observation voulant que l'application du tarif ne soit plus liée aux systèmes d'octroi de licences des sociétés de perception de droits d'exécution. Access Copyright fait valoir que, par conséquent, le tarif homologué d'une société de perception de droits d'exécution peut être appliqué à quiconque viole le droit d'auteur à l'égard d'œuvres faisant partie de son répertoire.

[98] Pour qu'on puisse faire appliquer un droit, encore faut-il que ce droit existe. La disposition qui prévoit un recours ne crée pas automatiquement de nouveau droit que le recours garantit. Si le législateur avait affirmé sans ambiguïté que les personnes qui violent les droits d'exécution étaient tenues de payer des droits, alors le paragraphe 67.2(2) aurait servi de complément à cette déclaration en prévoyant les moyens par lesquels il peut être enjoint aux contrevenants de s'acquitter de leur obligation.

[99] S'il était affirmé sans ambiguïté que les contrevenants devaient payer le tarif homologué pour les droits d'exécution, le régime de droits d'exécution serait transformé radicalement. Les sociétés de perception de droits d'exécution seraient alors autorisées à percevoir des redevances non seulement auprès des personnes ayant

collect royalties from anyone who infringed the works in their repertoire. In effect, infringers would, by some undefined operation, become non-consensual licensees, which is difficult to reconcile with the usual conception of a licensing scheme.

[100] In addition, such a change would make portions of sections 34 and 35 of the Act dealing with damages for infringement largely redundant. Those sections were not modified as they would have been if the scheme of the Act had been modified to make infringers *qua* infringers liable for royalties.

[101] Access Copyright’s interpretation of subsection 67.2(2) rests on a de-contextualized analysis. To interpret that section, it is necessary to consider the context by considering the 1988 amendments as a whole. Subsection 67(1) of the Act (1988), as in prior versions of the Act, requires performing rights societies to file lists of their repertoire in current use. Subsection 67(3), in keeping with prior versions of the Act, requires the performing rights society to file statements of all royalties that the performing rights society proposes to collect for the grant of licences for the performance of those works. Subsection 67.2(1) provides that, after publication of the society’s statement of proposed royalties in the *Canada Gazette*, and after hearing from the performing rights society and those who oppose the proposed royalties, the Copyright Office (now the Copyright Board) certifies the statement of proposed royalties as approved, with or without modification. These provisions were all brought forward more or less intact from the Act (1936).

[102] This brings us back to subsection 67.2(2). The only statements which the Board could certify as approved are the statements of proposed royalties for the issue of licences filed by the performing rights societies since that is all that was before it. As a result, the

accepté de devenir titulaires de licence, mais auprès de quiconque aurait violé le droit d’auteur à l’égard des œuvres faisant partie de leur répertoire. En fait, les contrevenants deviendraient, par une quelconque opération indéterminée, des titulaires de licence non consentants, ce qui est difficile à concilier avec la conception habituelle des systèmes d’octroi de licences.

[100] En outre, si la Loi avait été ainsi modifiée, les parties des articles 34 et 35 concernant les dommages-intérêts pour violation du droit d’auteur deviendraient en grande partie redondantes. Ces articles n’ont pas été remaniés comme ils l’auraient été si le régime établi par la Loi avait été modifié pour que les contrevenants soient traités de la même manière que les contrevenants tenus de payer des droits.

[101] L’interprétation que fait Access Copyright du paragraphe 67.2(2) repose sur une analyse décontextualisée. Pour interpréter ce paragraphe, il faut prendre en compte le contexte en examinant les modifications de 1988 dans leur ensemble. Comme dans les versions antérieures de la Loi, le paragraphe 67(1) de la Loi de 1988 oblige les sociétés de perception de droits d’exécution à déposer des listes de leur répertoire d’exécution courante. Le paragraphe 67(3), conformément aux versions antérieures de la Loi, oblige les sociétés de perception des droits d’exécution à déposer des projets de tarif des droits à percevoir pour les licences qu’elles accorderont pour l’exécution de ces œuvres. Le paragraphe 67.2(1) dispose qu’après la publication des projets de tarif de la société dans la *Gazette du Canada*, et après avoir entendu les observations de la société de perception des droits d’exécution et des opposants au projet de tarif, la Commission du droit d’auteur, qui est le successeur du Bureau du Droit d’auteur, certifie le projet de tarif, avec ou sans modification, lequel devient dès lors le tarif homologué. Ces dispositions ont toutes été reprises plus ou moins telles quelles depuis la Loi de 1936.

[102] Cela nous ramène au paragraphe 67.2(2). Les seuls projets de tarif que la Commission peut certifier et homologuer sont ceux déposés par les sociétés de perception de droits d’exécution à l’égard des droits pour les licences qu’elles accorderont, puisque ce sont

reference to “royalties specified in the statement” in subsection 67.2(2) can only be royalties payable upon the issuance of a licence. The omission of the reference to “issuing licences” in subsection 67.2(2) is, in my view, inconsequential. A performing rights society is still limited to collecting royalties from those who have agreed to take a licence.

(b) *Licensing bodies*

[103] Sections 70.1 to 70.4 of the Act (1988) introduced the concept of “licensing body”, which is the precursor to collective societies. Section 70.1 defines licensing bodies while section 70.2 provides a mechanism by which the Board can establish rates and conditions if a licensing body and a licensee cannot agree on terms. Section 70.3 provides that the Board cannot exercise its powers under section 70.2 if the parties reach an agreement. Finally, section 70.4 deals with the position of the parties if the Board establishes rates and conditions.

[104] The novel element introduced by the definition of licensing bodies is that of collective administration:

70.1 For the purposes of sections 70.2 to 70.6, “licensing body” means a society, association or corporation, other than a society, association or corporation referred to in subsection 67(1) that

(a) carries on the business of collective administration of copyright for the benefit of those who, by assignment, grant of licence, appointment of it as their agent or otherwise, authorize it to act on their behalf in relation to that collective administration; and

(b) operates a licensing scheme, applicable to a repertoire of works of more than one author, pursuant to which the society, association or corporation sets out the classes of uses for which and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize the doing of an act mentioned in section 3 in respect of those works.

les seuls dont elle est saisie. Par conséquent, l’expression « les droits qui y figurent » au paragraphe 67.2(2) ne peut renvoyer qu’aux droits à payer pour l’octroi d’une licence. Le fait qu’il ne soit pas fait mention au paragraphe 67.2(2) des « licences [que la société] accordera » est, à mon avis, sans conséquence. La société de perception de droits d’exécution ne peut toujours percevoir de droits qu’auprès des personnes qui ont accepté d’être assujetties à une licence.

b) *Les sociétés de gestion*

[103] Les articles 70.1 à 70.4 de la Loi de 1988 ont introduit la notion de « société de gestion ». L’article 70.1 définit ce que sont les sociétés de gestion, tandis que l’article 70.2 prévoit un mécanisme par lequel la Commission peut établir des droits ou modalités si une société de gestion et un titulaire de licence ne parviennent pas à s’entendre sur des modalités. L’article 70.3 dispose que la Commission ne peut exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par l’article 70.2 si les parties parviennent à une entente. Enfin, l’article 70.4 porte sur la situation des parties si la Commission établit des droits et des modalités.

[104] L’élément nouveau apporté par la définition du terme « société de gestion » est celui de la gestion collective :

70.1 Pour l’application des articles 70.2 à 70.6, « société de gestion » vise l’association, la société ou la personne morale, autre qu’une association, une société ou une personne morale visée au paragraphe 67(1), qui se livre à la gestion collective du droit d’auteur au profit de ceux qui l’ont habilitée à cette fin, par voie de cession, licence, mandat ou autrement, lorsqu’elle administre un système d’octroi de licences, portant sur un répertoire d’œuvres de plusieurs auteurs, en vertu duquel elle établit les catégories d’utilisation, les droits et les modalités pour lesquels elle accepte d’autoriser l’accomplissement, au Canada, de tout acte mentionné à l’article 3 à l’égard de ces œuvres.

[105] Performing rights societies are excluded from the definition of licensing body by the exclusion of “a society, association or corporation referred to in subsection 67(1)”. As a result, licensing bodies deal with copyrights other than performing rights.

[106] As noted earlier, licensing bodies are the precursors of “collective societies” which were introduced in the 1997 amendments to the Act. A licensing body’s powers were limited relative to those of performing rights societies. Licensing bodies were not entitled or required to file statements of proposed fees, charges or royalties. Instead, the Act contemplated that licensing bodies would negotiate licences with users on behalf of those who had authorized it to act on their behalf. This, of course, is what performing rights societies had been doing all along.

[107] As noted above, in cases where a licensing body and a user were unable to agree, section 70.2 authorized the Board “to fix the royalties and their related terms and conditions”:

70.2 (1) Where a licensing body and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3 in respect of the works included in the licensing body’s repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

[108] The Board’s power to settle the royalties and terms and conditions came to an end if the parties were subsequently able to agree: see Act (1988), subsection 70.3(1). Where the royalties and terms and conditions were settled by the Board, the 1988 amendments framed the resulting rights and obligations in terms reminiscent of those applicable in the performing rights portion of the Act:

70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the

[105] Les sociétés de perception de droits d’exécution sont exclues de la définition de société de gestion du fait qu’on n’y retrouve pas les termes « association, société ou personne morale visée au paragraphe 67(1) ». Il s’ensuit que les sociétés de gestion s’occupent des droits d’auteur autres que les droits d’exécution.

[106] J’ai fait observer plus haut que la définition du terme « société de gestion » a été modifiée par la Loi en 1997. Les pouvoirs d’une société de gestion étaient limités comparativement à ceux des sociétés de perception de droits d’exécution. Les sociétés de gestion n’avaient ni le droit ni l’obligation de déposer des projets de tarif. La Loi prévoyait plutôt qu’elles négocieraient les licences avec les utilisateurs au nom des personnes les ayant autorisées à agir à ce titre. Ce rôle, manifestement, était celui que les sociétés de perception de droits d’exécution avaient toujours joué.

[107] Il a été dit plus haut que, lorsqu’une société de gestion et un utilisateur ne parvenaient pas à se mettre d’accord, l’article 70.2 autorisait la Commission à « fixer ces droits ou modalités » :

70.2 (1) À défaut d’une entente sur les droits ou les modalités y afférentes, relatifs à une licence autorisant l’intéressé à accomplir tel des actes mentionnés à l’article 3, la société de gestion ou l’intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l’autre partie, demander à la Commission de fixer ces droits ou modalités.

[108] Si les parties parvenaient à s’entendre avant la fixation, la Commission perdait le pouvoir de fixer les droits et les modalités : voir le paragraphe 70.3(1) de la Loi de 1988. Les modifications de 1988 encadraient, dans le cas où il y avait fixation par la Commission, les droits et obligations en découlant, dans des termes rappelant ceux utilisés dans la partie de la Loi relative aux droits d’exécution :

70.4 L’intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l’égard desquels des droits ont été fixés, moyennant paiement ou offre de paiement de ces droits et conformément aux modalités y afférentes fixées par la Commission et à celles établies par

royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the licensing body may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction. [My emphasis.]

[109] At first blush, section 70.4 is somewhat confusing because it introduces compliance measures found in the tariff-setting world of performing rights societies into the non-tariff world of licensing bodies. I will deal with these when dealing with collective administration under the 1997 amendments. At this stage though, it will be useful to disentangle those measures from the very economical prose of section 70.4, which I have attempted to do in the table below.

[110] The column on the left of the table contains subsections 67.2(2) and (3) from the performing rights portion of the Act (1988). The middle column contains section 70.4 with its provisions deconstructed and re-ordered in order to make the comparison of the elements easier. The column on the right contains section 70.4 in its original form:

la société de gestion au titre de son système d'octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les droits ainsi fixés et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice. [Non souligné dans l'original.]

[109] À première vue, l'article 70.4 est un peu déroutant, car il introduit dans le domaine des sociétés de gestion, où les tarifs n'existent pas, des mesures de conformité que l'on trouve dans le domaine des sociétés de perception de droits d'exécution, où les tarifs existent. J'en parlerai lorsque j'examinerai la gestion collective sous le régime des modifications de 1997. À ce stade cependant, il convient de dégager ces mesures du libellé laconique de l'article 70.4, ce que je tente de faire dans le tableau ci-dessous.

[110] La colonne de gauche du tableau contient les paragraphes 67.2(2) et 67.2(3) de la partie de la Loi de 1988 relative aux droits d'exécution. La colonne du milieu contient l'article 70.4, décomposé et réorganisé afin de faciliter la comparaison de ses dispositions. La colonne de droite présente l'article 70.4 dans sa version originale :

<p>Performing rights provisions</p> <p>67.2 ...</p> <p>(2) Without prejudice to any other remedies available to it, a society, association or corporation may, for the period specified in its approved statement, collect the royalties specified in the statement or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.</p> <p>(3) No action shall be brought for the infringement of the right to perform a work referred to in subsection 67(1) against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved statement.</p>	<p>Section 70.4 Deconstructed</p> <p>70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2) ... the licensing body may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.</p> <p>[70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2)] ... the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed....</p>	<p>Section 70.4</p> <p>70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the licensing body may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.</p>	<p>Dispositions relatives aux droits d'exécution</p> <p>67.2 [...]</p> <p>(2) L'association, la société ou la personne morale peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les droits qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.</p> <p>(3) Il ne peut être intenté aucun recours pour violation du droit d'exécution d'une œuvre visée au paragraphe 67(1) contre quiconque a payé ou offert de payer les droits figurant dans une déclaration homologuée.</p>	<p>Article 70.4 décomposé</p> <p>[70.4] [...] La société de gestion peut, pour la [...] période [arrêtée par la Commission], percevoir les droits ainsi fixés et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.</p> <p>70.4 L'intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l'égard desquels des droits ont été fixés, moyennant paiement ou offre de paiement de ces droits et conformément aux modalités y afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d'octroi de licences [...]</p>	<p>Article 70.4</p> <p>70.4 L'intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l'égard desquels des droits ont été fixés, moyennant paiement ou offre de paiement de ces droits et conformément aux modalités y afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d'octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les droits ainsi fixés et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.</p>
--	--	--	--	---	--

[111] As this table shows, section 70.4 incorporates two elements of the performing rights scheme, specifically the remedies provision and the Statutory Licence. The significance of these provisions depends on whether a Board determination pursuant to section 70.2 is binding on the parties to that proceeding.

[112] This question was answered in the negative in *SODRAC*. Rothstein J., writing for the majority of the Supreme Court found that the statutory context supported the conclusion that “licences crafted pursuant to s. 70.2 proceedings are not automatically binding on users”: *SODRAC*, at paragraph 105. This conclusion turned on the words of section 70.4 which provide that, where royalties and terms and conditions are fixed, “the person concerned may ... on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties ... are fixed” [emphasis in original]. The majority found that this wording made it clear that while users could avail themselves of the terms and conditions set by the Board to gain authorization to use the repertoire in question, it did not require the user to take a licence on those terms.

[113] The majority went on to say that the non-binding nature of a licence whose terms and conditions are set pursuant to section 70.2 was consistent with the general principle that no pecuniary burden can be imposed “upon the subjects of this country ... except upon clear and distinct legal authority”: *SODRAC*, at paragraph 107.

[114] In summary, the Supreme Court found that while the Board had the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to section 70.2, users retained the ability to decide whether or not to become licensees. Putting it another way, the Supreme Court’s decision in *SODRAC* decided that sections 70.1 to 70.4 as enacted by the 1988 amendments to the Act did not create a mandatory scheme.

[115] If determinations under section 70.2 are not binding on the parties, what purpose does section 70.4 serve?

[111] Comme le montre ce tableau, l’article 70.4 intègre deux éléments du régime de droits d’exécution, à savoir la disposition relative aux recours et la licence légale. L’importance de ces dispositions dépend de la réponse à la question de savoir si les décisions prises par la Commission en vertu de l’article 70.2 lient les parties à l’instance.

[112] La Cour suprême a répondu à cette question par la négative dans l’arrêt *SODRAC*. Le juge Rothstein, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a estimé que le contexte législatif étayait la conclusion selon laquelle « les modalités dont les licences sont assorties dans le cadre d’instances tenues en application de l’art. 70.2 ne lient pas automatiquement les utilisateurs » (*SODRAC*, paragraphe 105). Cette conclusion reposait sur le libellé de l’article 70.4 qui disposait que, lorsqu’il y a fixation des droits ou modalités, « l’intéressé peut [...] accomplir les actes à l’égard desquels des redevances ont été fixés, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances » [souligné dans l’original]. Les juges majoritaires ont conclu que ce libellé montrait clairement que les utilisateurs pouvaient se prévaloir des modalités fixées par la Commission pour obtenir l’autorisation d’utiliser le répertoire en question, mais qu’ils n’étaient pas tenus d’accepter une licence selon ces modalités.

[113] Les juges majoritaires ont ajouté que la nature non contraignante de la licence dont les modalités sont fixées conformément à l’article 70.2 est compatible avec le principe général selon lequel aucune charge pécuniaire ne peut être imposée « aux sujets de ce pays [...] sauf en vertu d’une autorité légale claire et distincte » (*SODRAC*, paragraphe 107).

[114] En résumé, la Cour suprême a conclu que, bien que la Commission eût le pouvoir de fixer les modalités des licences en vertu de l’article 70.2, les utilisateurs conservaient la possibilité de décider de devenir ou non titulaires de licence. Autrement dit, dans l’arrêt *SODRAC*, la Cour suprême a conclu que les articles 70.1 à 70.4, tels qu’ils avaient été édictés lorsque la Loi a été modifiée en 1988, ne créaient pas de régime obligatoire.

[115] Si les décisions rendues en application de l’article 70.2 ne lient pas les parties, à quoi sert l’article 70.4?

In my view, section 70.4, like the performing rights provisions which it incorporates, serves to give effect to the Board’s determination. The incorporation of the Statutory Licence serves the same purpose as it does in the performing rights scheme. It prevents a rights holder from defeating the effect of a Board decision by refusing to issue licences on the terms established by the Board. The remedies provision serves to allow rights holders to pursue users for unpaid amounts arising under the Statutory Licence provision, such as amounts which were offered for the use of protected material but which were never paid. In the absence of section 70.4, a rights holder who sought to collect such amounts would be met by the argument that the mere offer to pay was sufficient to bar an action in infringement. And since the benefit incurred by the offer was statutory in nature, the rights holder did not provide any consideration for the offer. The remedies section thus provides a useful remedy for rights holders.

[116] In summary, the 1988 revisions to the Act introduced the predecessor to collective societies, largely modelled on the scheme applicable to performing rights societies. Once again, the scheme is one which contemplates licensing schemes. As in the performing rights provisions, the Board’s role in setting royalties and terms and conditions in the licensing body provisions did not result in rate decisions which were binding on users who declined to take a licence. Section 70.4 gives both the rights holder and users a remedy in the event of attempts to defeat the operation of the scheme.

(4) Legislative history: 1997 amendments

[117] The 1997 amendments (*An Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24) are particularly relevant to the resolution of this appeal because they introduced collective societies and divided collective administration into two streams. As noted earlier in these reasons, licensing bodies were the precursors of collective societies

À mon avis, l’article 70.4, tout comme les dispositions relatives aux droits d’exécution qu’il incorpore, sert à donner effet à la décision de la Commission. La licence légale a été incorporée dans le même but que dans le régime des droits d’exécution. Elle empêche les titulaires de droits de rendre nul l’effet des décisions de la Commission en refusant de délivrer des licences selon les modalités fixées par la Commission. La disposition relative aux recours permet aux titulaires de droits de poursuivre les utilisateurs pour recouvrer les sommes dues au titre de la disposition relative à la licence légale, par exemple les sommes qu’une personne a offert de payer pour l’utilisation d’œuvres protégées, mais qu’elle n’a jamais payées. Sans l’article 70.4, le titulaire de droits cherchant à recouvrer de telles sommes se ferait opposer l’argument selon lequel le simple fait que la personne ait offert de payer suffisait à rendre irrecevable une action pour violation. Et puisque l’avantage engendré par l’offre était de nature légale, le titulaire des droits ne donnait aucune contrepartie pour l’offre. Cette disposition prévoit donc un recours utile pour les titulaires de droits.

[116] En résumé, les modifications apportées à la Loi en 1988 ont introduit une version des sociétés de gestion (*licensing bodies* en anglais) qui s’inspirait largement du régime applicable aux sociétés de perception de droits d’exécution. Là encore, il s’agit d’un régime qui prévoit des systèmes d’octroi de licences. Comme pour les dispositions relatives aux droits d’exécution, le rôle de la Commission quant à la fixation des droits et des modalités dans les dispositions relatives aux sociétés de gestion n’est pas de rendre des décisions imposant des tarifs aux utilisateurs qui refusaient de devenir titulaires de licence. L’article 70.4 confère tant au titulaire des droits qu’aux utilisateurs un recours dans le cas où on tenterait de contourner le régime.

4) L’évolution législative : les modifications de 1997

[117] Les modifications de 1997 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*, L.C. 1997, ch. 24) sont particulièrement pertinentes pour l’issue du présent appel, car elles ont introduit les sociétés de gestion telles qu’on les connaît à présent et ont divisé la gestion collective en deux volets. Comme je l’ai déjà souligné dans les

though with a limited mandate. In the 1997 amendments, collective societies were defined so as to include both performing rights societies and licensing bodies, and their role in the tariff-setting process was set out.

[118] The 1997 amendments retained the scheme which was previously administered by performing rights societies (which I will call the Performing Rights Regime) and added a second stream dealing with the collective administration of the copyrights set out in sections 3, 15, 18, and 21, (which I will call the General Regime). The 1997 amendments also changed the scope of the Performing Rights Regime by adding to it communication to the public by telecommunication of musical works, dramatico-musical works, performer's performances of those works and sound recordings of such works, subject to an exception in favour of persons with perceptual difficulties.

[119] Collective societies representing rights holders under the General Regime were now able (though not required) to file proposed tariffs of royalties to be collected for issuing licences in relation to the exercise of those rights. In addition, the amendments provided that the collective societies concerned could also proceed by entering into agreements with users.

[120] The issues in this appeal arise under the General Regime but, as noted earlier in these reasons, the provisions of the Performing Rights Regime are relevant because some of them are incorporated by reference into the General Regime and also because they are sufficiently similar to each other that what is true of one is likely also true of the other.

[121] In the paragraphs that follow, I propose to first discuss the definition of a collective society and then to show the similarity of the Performing Rights Regime and the General Regime by examining the provisions of both Regimes.

présents motifs, les sociétés de gestion avaient auparavant un rôle limité. Dans les modifications de 1997, les sociétés de gestion ont été définies de manière à inclure à la fois les sociétés de perception de droits d'exécution et les sociétés de gestion, et leur rôle dans le processus d'établissement du tarif a été énoncé.

[118] Les modifications de 1997 ont maintenu le régime qui était auparavant administré par les sociétés de perception de droits d'exécution (que j'appellerai le régime de droits d'exécution) et ont ajouté un deuxième volet portant sur la gestion collective des droits d'auteur énoncés aux articles 3, 15, 18 et 21 (que j'appellerai le régime général). Les modifications de 1997 ont également modifié la portée du régime de droits d'exécution en y ajoutant la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales, d'œuvres dramatico-musicales, de leurs prestations et d'enregistrements sonores constitués de ces œuvres, sous réserve d'une exception pour les personnes ayant une déficience perceptuelle.

[119] Les sociétés de gestion représentant les titulaires de droits en application du régime général pouvaient désormais (bien que ce ne fût pas obligatoire) déposer des projets de tarif des redevances à percevoir pour l'octroi de licences à l'égard de l'exercice de ces droits. En outre, les modifications donnaient aux sociétés de gestion concernées la possibilité de conclure des ententes avec les utilisateurs.

[120] Les questions soulevées en l'espèce relèvent du régime général, mais, comme je l'ai indiqué précédemment dans les présents motifs, les dispositions du régime de droits d'exécution sont pertinentes parce que certaines d'entre elles sont incorporées par renvoi au régime général et aussi parce qu'elles se ressemblent suffisamment pour que ce qui vaille pour l'une vaille probablement pour l'autre aussi.

[121] Dans les paragraphes qui suivent, je commencerai par analyser la définition du terme « société de gestion », puis je mettrai en évidence la similitude entre le régime de droits d'exécution et le régime général en examinant les dispositions des deux régimes.

(a) *Collective societies*

[122] A collective society is defined as follows in section 2 of the Act (all statutory references which follow in this section are to the Act (1997)):

Definitions

2. ...

...

“collective society” means a society, association or corporation that carries on the business of collective administration of copyright or of the remuneration right conferred by section 19 or 81 for the benefit of those who, by assignment, grant of licence, appointment of it as their agent or otherwise, authorize it to act on their behalf in relation to that collective administration, and

(a) operates a licensing scheme, applicable in relation to a repertoire of works, performer’s performances, sound recordings or communication signals of more than one author, performer, sound recording maker or broadcaster, pursuant to which the society, association, or corporation sets out classes of uses that it agrees to authorize under this Act and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize those classes of uses, or

(b) carries on the business of collecting and distributing royalties and levies payable pursuant to this Act;

[123] This definition refers to a “society, association or corporation that carries on the business of collective administration ... for the benefit of those who ... authorize it to act on their behalf”. This excludes entities who have acquired rights from their original owner and who then license those rights for their own benefit. These entities were identified as “dealers in performing rights” in *Vigneux* (at page 352). This undoubtedly reflects the evolution of the manner in which rights holders monetize their rights. That said, the issue that Parliament sought to address in the Act (1936) was the market power resulting from the concentration of copyrights in few hands, the consequences of which do not change according to who benefits from that concentration.

a) *Les sociétés de gestion*

[122] Le terme société de gestion est défini ainsi à l’article 2 de la Loi (tous les renvois à des dispositions légales dans la présente section sont des renvois à la Loi de 1997) :

Définitions

2. [...]

« société de gestion » Association, société ou personne morale autorisée — notamment par voie de cession, licence ou mandat — à se livrer à la gestion collective du droit d’auteur ou du droit à rémunération conféré par les articles 19 ou 81 pour l’exercice des activités suivantes :

a) l’administration d’un système d’octroi de licences portant sur un répertoire d’œuvres, de prestations, d’enregistrements sonores ou de signaux de communicateurs de plusieurs auteurs, artistes-interprètes, producteurs d’enregistrements sonores ou radiodiffuseurs et en vertu duquel elle établit les catégories d’utilisation qu’elle autorise au titre de la présente loi ainsi que les redevances et modalités afférentes;

b) la perception et la répartition des redevances payables aux termes de la présente loi.

[123] Cette définition utilise les termes « [a]ssociation, société ou personne morale autorisée [...] à se livrer à la gestion collective ». Sont exclues les organisations qui ont acquis des droits auprès de leur titulaire initial et qui octroient ensuite des licences sur ces droits pour leur propre bénéfice. Ces organisations ont été appelées [TRADUCTION] « négociants en droits d’exécution » dans l’arrêt *Vigneux* (à la page 352). Cela témoigne sans aucun doute de l’évolution de la manière dont les titulaires de droits tirent profit de leurs droits. Cela dit, la situation à laquelle le législateur cherchait à remédier dans la Loi de 1936 était l’emprise sur le marché qui résultait de la concentration des droits d’auteur entre les mains de quelques personnes, et cette emprise a les mêmes conséquences indépendamment de la personne qui bénéficie de cette concentration.

[124] It follows from this definition that a collective society can deal with two types of rights: copyrights and “the remuneration right conferred by section 19 or 81”. Copyrights are the rights defined in sections 3, 15, 18, and 21, while remuneration rights are established by sections 19 and 81. These two kinds of rights correspond to the two kinds of activities undertaken by collective societies: the operation of a licensing scheme (per paragraph (a) of the definition) in relation to copyrights or “the business of collecting and distributing royalties” (per paragraph (b) of the definition) in relation to remuneration rights.

[125] Collective societies, as defined above, play a role in the tariff-setting process for performing rights and the communication to the public by telecommunication right, on one hand, and the rights set out in sections 3, 15, 18 and 21, on the other. Given my comments earlier as to the similarities between the Performing Rights Regime and the General Regime, I will begin by examining the Performing Rights Regime.

(b) *The performing rights regime*

[126] Section 67 of the Act (1997) provides as follows:

Public access to repertoires

67. Each collective society that carries on

(a) the business of granting licences or collecting royalties for the performance in public of musical works, dramatico-musical works, performer’s performances of such works, or sound recordings embodying such works, or

(b) the business of granting licences or collecting royalties for the communication to the public by telecommunication of musical works, dramatico-musical works, performer’s performances of such works, or sound recordings embodying such works, other than the communication of musical works or dramatico-musical works in a manner described in subsection 31(2),

must answer within a reasonable time all reasonable requests from the public for information about its repertoire of works, performer’s performances or sound recordings, that are in current use.

[124] Il découle de cette définition qu’une société de gestion peut traiter deux types de droits : les droits d’auteur et le « droit à rémunération conféré par les articles 19 ou 81 ». Les droits d’auteur sont les droits définis aux articles 3, 15, 18 et 21, tandis que les droits à rémunération sont établis par les articles 19 et 81. Ces deux types de droits correspondent aux deux types d’activités exercées par les sociétés de gestion : l’administration d’un système d’octroi de licences (au titre de l’alinéa a) de la définition) à l’égard du droit d’auteur, et « la perception et la répartition des redevances » (au titre de l’alinéa b) de la définition) à l’égard du droit à rémunération.

[125] Les sociétés de gestion, telles qu’elles sont définies ci-dessus, jouent un rôle dans le processus d’établissement du tarif pour les droits d’exécution et le droit de communication au public par télécommunication, d’une part, et les droits énoncés aux articles 3, 15, 18 et 21, d’autre part. Compte tenu des observations que j’ai formulées plus haut quant à la similitude entre le régime de droits d’exécution et le régime général, je commencerai par examiner le régime de droits d’exécution.

b) *Le régime de droits d’exécution*

[126] L’article 67 de la Loi de 1997 est rédigé ainsi :

Demandes de renseignements

67. Les sociétés de gestion chargées d’octroyer des licences ou de percevoir des redevances pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l’exclusion de la communication visée au paragraphe 31(2) — d’œuvres musicales ou dramatico-musicales, de leurs prestations ou d’enregistrements sonores constitués de ces œuvres ou prestations, selon le cas, sont tenues de répondre aux demandes de renseignements raisonnables du public concernant le répertoire de telles œuvres ou prestations ou de tels enregistrements d’exécution courante dans un délai raisonnable.

[127] The use of the phrase “granting licences or collecting royalties” in paragraphs (a) and (b) is a departure from the language in prior versions of the Act dealing with performing rights societies. At first blush, this change apparently supports Access Copyright’s position that the nature and effect of Board approved tariffs has changed so the collective societies are now in the business of collecting royalties from infringers.

[128] To the extent that collective societies are owed royalties pursuant to their licensing agreements, the reference to “collecting royalties” in section 67 would confirm their right to collect those royalties. Such confirmation would, however, be redundant since collective societies have always been able to rely on their contractual remedies in the case of licensees.

[129] There is however, another explanation for the presence of “collecting royalties” in section 67 and it is that collective societies can be in the business of collecting royalties pursuant to section 19 of the Act.

[130] Collective societies, by definition, are societies which deal in the collective administration of copyright or “the remuneration right conferred by section 19 or 81”. Section 81 deals with levies on recording media and has no application to this discussion. Section 19 deals with equitable remuneration payable to performers and makers of sound recordings embodying works when those recordings are performed in public or communicated to the public by telecommunication. Subsection 19(2) of the Act defines the amount owed as equitable remuneration as “royalties”. These royalties are distinct from the amounts owed to authors and composers of the works.

[131] The definition of collective societies contemplates that they will engage in one or both of two kinds of businesses; the operation of a licensing scheme or “the business of collecting and distributing royalties or levies payable pursuant to this Act”. The reference in section 67 to “collecting royalties” is a reference to the

[127] En employant l’expression « octroyer des licences ou [...] percevoir des redevances », le législateur s’est écarté du libellé des versions précédentes des dispositions de la Loi relatives aux sociétés de perception de droits d’exécution. À première vue, ce changement semble étayer l’affirmation d’Access Copyright selon laquelle la nature et l’effet des tarifs homologués par la Commission ont changé de manière à ce que les sociétés de gestion soient maintenant chargées de percevoir les redevances auprès des contrevenants.

[128] Puisque des redevances sont dues aux sociétés de gestion au titre de leurs contrats de licence, l’emploi de l’expression « percevoir des redevances » à l’article 67 confirmerait leur droit de percevoir ces redevances. Cette confirmation serait toutefois redondante puisque les sociétés de gestion ont toujours pu se prévaloir de leurs recours contractuels dans le cas des titulaires de licence.

[129] Cependant, l’emploi de l’expression « percevoir des redevances » à l’article 67 peut s’expliquer autrement : les sociétés de gestion peuvent percevoir des redevances en application de l’article 19 de la Loi.

[130] Les sociétés de gestion sont, par définition, des sociétés qui s’occupent de la gestion collective du droit d’auteur ou « du droit à rémunération conféré par les articles 19 ou 81 ». L’article 81 concerne les redevances sur les supports d’enregistrement et est sans incidence sur la présente analyse. L’article 19 quant à lui porte sur la rémunération équitable à laquelle ont droit les artistes-interprètes et les producteurs d’enregistrements sonores constitués d’œuvres lorsque ces enregistrements sont exécutés en public ou communiqués au public par télécommunication. Aux termes du paragraphe 19(2) de la Loi, les « redevances » sont la somme due au titre de la rémunération équitable. Ces redevances sont distinctes des sommes dues aux auteurs et compositeurs des œuvres.

[131] Les sociétés de gestion, d’après la définition du terme, sont appelées à exercer ces deux activités ou l’une d’entre elles : l’administration d’un système d’octroi de licences et « la perception et la répartition des redevances payables aux termes de la présente loi ». L’utilisation, à l’article 67, de l’expression « percevoir des redevances »

business of collecting and distributing royalties payable pursuant to section 19 for which no contractual enforcement remedies are available. As a result, the presence of “collecting royalties” in section 67 can be explained by facts which do not contemplate the enforcement of tariffs against non-licensees.

[132] Section 67 goes no further than that. It is not an indication that collective societies can collect royalties whether or not the user is a licensee.

[133] Given that the Performing Rights Regime deals with collective societies which operate a licensing scheme, it is not surprising that the balance of the Performing Rights Regime contains the same elements found in the performing rights provisions in prior iterations of the Act.

[134] The obligation to provide information about the works in a collective society’s repertoire upon request, which is found in the closing words of section 67, is a variation of the requirement to file a list of the works in a performing rights society’s repertoire, a variation that achieves the same result with less effort on the collective society’s part. One suspects that the change arises from the very significant increase in the number of musical and drama-musical works in existence, resulting in an increase in the burden of compiling and filing lists of works. In any event, members of the public are able to ascertain which works would require them to obtain a licence, which was the objective of the original filing requirement.

[135] The requirement that a society file a statement of the fees, charges or royalties which it proposes to charge continues to apply to collective societies subject to the Performing Rights Regime albeit with some modifications.

[136] Section 67.1 provides as follows:

renvoie à l’activité de perception et de répartition des redevances payables au titre de l’article 19, pour laquelle il n’existe aucun recours relatif à l’exécution des contrats. Par conséquent, la présence de l’expression « percevoir des redevances » à l’article 67 peut s’expliquer par l’existence de situations qui ne consistent pas à imposer un tarif à des personnes qui ne sont pas titulaires de licence.

[132] L’article 67 ne va pas plus loin. Il n’est pas un indice montrant que les sociétés de gestion peuvent percevoir des redevances sans égard au fait que l’utilisateur détienne ou non une licence.

[133] Étant donné que le régime de droits d’exécution concerne les sociétés de gestion qui administrent un système d’octroi de licences, il n’est pas étonnant que le reste du régime de droits d’exécution contienne les mêmes éléments que les dispositions relatives aux droits d’exécution qui figuraient dans les versions antérieures de la Loi.

[134] L’obligation, énoncée à la fin de l’article 67, de fournir sur demande des renseignements quant aux œuvres faisant partie du répertoire de la société de gestion est une variante de l’obligation de déposer la liste des œuvres faisant partie du répertoire de la société de perception de droits d’exécution, et cette variante mène au même résultat, mais demande moins d’efforts de la part de la société de gestion. On peut supposer que ce changement est dû à l’augmentation très importante du nombre d’œuvres musicales et dramatico-musicales existantes, ce qui a accru la charge de travail liée à l’établissement et au dépôt des listes d’œuvres. Quoi qu’il en soit, les membres du public peuvent vérifier quelles œuvres nécessiteraient qu’ils obtiennent une licence, ce qui était l’objectif de l’obligation initiale de déposer une liste.

[135] L’obligation pour la société de déposer un état des honoraires, redevances ou tantièmes à percevoir continue de s’appliquer aux sociétés de gestion soumises au régime de droits d’exécution, avec quelques modifications.

[136] L’article 67.1 est libellé ainsi :

Filing of proposed tariffs

67.1 (1) Each collective society referred to in section 67 shall, on or before the March 31 immediately before the date when its last tariff approved pursuant to subsection 68(3) expires, file with the Board a proposed tariff, in both official languages, of all royalties to be collected by the collective society.

[137] The changes from the prior wording are the use of the word “tariff” and the decoupling of the issuance of licences and the “royalties to be collected by the collective society”. In prior versions of the Act, the requirement to file a statement of fees, charges or royalties to be charged was linked to the issuance of licences.

[138] As indicated in my summary of the Federal Court’s reasons, the latter attached some significance to the use of the word “tariff” suggesting that it meant an amount which was required to be paid. This is not the first time that “tariff” appears in the Act. In fact, it first appeared in the Act (1936) as a marginal note to subsection 10(2) which required a performing rights society to file a statement of all fees, charges or royalties that it proposed to collect for the grant of licences. The marginal note reads: “Tariffs of fees, charges or royalties to be filed annually”. Given that section 14 of the *Interpretation Act* tells us that marginal notes in a statute “form no part of the enactment”, there is a limit to the uses which this occurrence of “tariff” can be put. Perhaps the most that can be said is that at one point in time, the legislative draftsman viewed a “tariff” and a “statement of fees, charges or royalties” as equivalent expressions.

[139] There are other uses of the word “tariff” in the statute book besides those noted by the Federal Court. One example is found in the portions of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the CTA) dealing with railway traffic.

[140] Section 87 of the CTA, defines “tariff” as “a schedule of rates, charges, terms and conditions applicable to the

Dépôt d’un projet de tarif

67.1 (1) Les sociétés visées à l’article 67 sont tenues de déposer auprès de la Commission, au plus tard le 31 mars précédant la cessation d’effet d’un tarif homologué au titre du paragraphe 68(3), un projet de tarif, dans les deux langues officielles, des redevances à percevoir.

[137] Les changements par rapport à l’ancienne formulation sont l’utilisation du mot « tarif » ainsi que la séparation de l’octroi de licences et des « redevances à percevoir ». Dans les versions antérieures de la Loi, l’obligation de déposer un état des honoraires, redevances ou tantièmes à percevoir était liée à l’octroi de licences.

[138] Comme je l’ai précisé lorsque j’ai résumé les motifs de la Cour fédérale, cette dernière a accordé une certaine importance à l’utilisation du mot « tarif », qui désignerait selon elle une somme devant être payée. Ce n’est pas la première fois que le terme « tarif » figure dans la Loi. En fait, il a été utilisé pour la première fois dans la Loi de 1936, dans la note marginale du paragraphe 10(2), qui obligeait les sociétés de perception de droits d’exécution à déposer un état de tous honoraires, redevances ou tantièmes qu’elles se proposaient de percevoir pour l’octroi de licences. La note marginale était la suivante : « Tarifs des honoraires, redevances ou tantièmes à déposer annuellement ». Étant donné que, selon l’article 14 de la *Loi d’interprétation*, les notes marginales dans une loi « ne font pas partie » du texte, l’utilisation que l’on peut faire de cette occurrence du mot « tarif » est limitée. Tout ce que l’on peut dire est qu’il est possible qu’à un certain moment, le rédacteur législatif ait considéré que le terme « tarif » et l’expression « état des honoraires, redevances et tantièmes » étaient équivalents.

[139] Le mot « tarif », dans le corpus des lois, n’est pas utilisé que dans les occurrences relevées par la Cour fédérale. On retrouve notamment ce terme dans les parties de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la LTC), consacrées au transport ferroviaire.

[140] Aux termes de l’article 87 de la LTC, un « tarif » est un « [b]arème des prix, frais et autres conditions

movement of traffic and incidental services”. A tariff is set and published by a railway company (sections 117, 118) subject to modification by the Canadian Transportation Agency (section 120.1, subsection 120.1(5)). The rates in a tariff are the railway company’s lawful rates (subsection 119(2)) and a railway company cannot charge a rate that has not been published in a tariff. A railway must carry freight offered for carriage upon the railway upon payment of the railway’s lawful rate (subsection 113(2)).

[141] Notwithstanding a railway company’s tariff of rates, the company and a shipper may enter into a confidential contract setting out customized rates and the manner in which the company will meet its level of service obligations (section 126). The Canadian Transportation Agency lacks the power to alter the terms of a confidential contract (section 120.1, subsection 126(2)).

[142] These references to “tariff” in the CTA show that “tariff” can be used to describe an arrangement pursuant to which a schedule (or tariff) of rates or charges proposed by an entity is binding on that entity, which can be compelled to provide a given service upon payment of the tariff rate. Thus, to the extent that the tariff is mandatory or binding, it is binding on the proponent of the tariff. This use of the word “tariff” is analogous to the way in which a performing rights society’s approved statement fees, charges or royalties operated as a limit on the amount it could charge licensees. When seen in this way, the use of the word “tariff” in section 67.1 does not represent any change of substance.

[143] All this to say that the provisions of the CTA show that the word “tariff”, taken by itself, is not determinative of the effect of a document which is called a tariff. Its effect is to be determined on the basis of an examination of the whole of the statutory scheme.

[144] As part of its argument that a tariff is mandatory, Access Copyright argues that a tariff is a regulation

applicables au transport et aux services connexes ». Le tarif est fixé et publié par la compagnie de chemin de fer (articles 117 et 118) sous réserve de modifications par l’Office des transports du Canada (article 120.1 et paragraphe 120.1(5)). Les prix figurant dans le tarif sont les prix licites de la compagnie de chemin de fer (paragraphe 119(2)) et la compagnie de chemin de fer ne peut exiger un prix qui n’a pas été publié dans un tarif. La compagnie de chemin de fer est tenue de transporter les marchandises à être transportées par chemin de fer sur paiement du prix licitement exigible (paragraphe 113(2)).

[141] Nonobstant les prix figurant dans le tarif de la compagnie de chemin de fer, la compagnie et l’expéditeur peuvent conclure un contrat confidentiel établissant des prix sur mesure et les moyens que prendra la compagnie pour s’acquitter de ses obligations (article 126). L’Office des transports du Canada n’a pas le pouvoir de modifier les modalités des contrats confidentiels (article 120.1 et paragraphe 126(2)).

[142] Ces occurrences du mot « tarif » dans la LTC montrent que ce terme peut servir à désigner une entente en application de laquelle un barème de prix ou de frais (ou tarif) proposé par une organisation lie celle-ci, laquelle peut être contrainte de fournir un service donné sur paiement du prix. Ainsi, puisque le tarif est obligatoire ou contraignant, il lie la personne qui le propose. On peut voir une ressemblance entre cette utilisation du mot « tarif » et la manière dont les états des honoraires, redevances ou tantièmes des sociétés de perception de droits d’exécution avaient pour effet de limiter la somme que cette société pouvait percevoir auprès des titulaires de licences. Vue sous cet angle, l’utilisation du mot « tarif » à l’article 67.1 ne représente pas un changement de fond.

[143] Tout cela pour dire que les dispositions de la LTC montrent que le mot « tarif », examiné isolément, ne permet pas de déterminer l’effet qu’a le document appelé « tarif ». Son effet doit être déterminé après examen du régime établi par la loi.

[144] À l’égard de ses observations sur le caractère obligatoire du tarif, Access Copyright fait valoir qu’un

so that it is binding on all users, not just those who have agreed to take a licence. Subsection 2(1) of the *Interpretation Act* defines a regulation as follows:

Definitions

2 (1) ...

...

regulation includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

(b) by or under the authority of the Governor in Council; (*règlement*)

[145] Access Copyright says that a tariff of royalties is regulation because it is a “tariff of costs or fees ... made or established ... by or under the authority of an Act”. There is no doubt that the Act requires the Board to consider proposed tariffs submitted by collective societies and to approve them, with or without alteration. The approved tariff is then published in the *Canada Gazette*. The issue is whether in doing this, the Board “makes or establishes” the tariff so that it is a regulation.

[146] The short answer to this argument is that the Board does not make or establish tariffs at all: it approves proposed tariffs submitted to it by collective societies. The fact that the Board may alter a proposed tariff does not transform it into a tariff-making institution. The Board could not, on its own motion, establish a tariff in favour of a society which had not requested that it do so.

[147] This position is confirmed when one examines the regulation-making powers in the Act (1997). It contains a number of circumstances where the Board is specifically given the power to make regulations. For example,

tarif est un règlement et lie par conséquent tous les utilisateurs, et pas seulement ceux qui ont accepté de devenir titulaires de licence. Le paragraphe 2(1) de la *Loi d’interprétation* définit « règlement » de la manière suivante :

Définitions

2 (1) [...]

[...]

règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d’honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris :

a) soit dans l’exercice d’un pouvoir conféré sous le régime d’une loi fédérale;

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. (*régulation*)

[145] Access Copyright affirme qu’un tarif de redevances est un règlement parce qu’il s’agit d’un « tarif de droits, de frais ou d’honoraires [...] pris [...] sous le régime d’une loi fédérale ». Il ne fait aucun doute que la Loi oblige la Commission à examiner les projets de tarif déposés par les sociétés de gestion et à les homologuer, avec ou sans modification. Le tarif homologué est ensuite publié dans la *Gazette du Canada*. La question est de savoir si, ce faisant, la Commission « prend » le tarif, ce qui en ferait un règlement.

[146] La réponse la plus concise à cette observation est que la Commission ne prend pas de tarifs : elle homologue les projets de tarif qui lui sont soumis par les sociétés de gestion. Le fait que la Commission puisse modifier un projet de tarif ne fait pas d’elle une institution qui fixe des tarifs. La Commission ne peut pas, de sa propre initiative, établir un tarif en faveur d’une société qui ne lui a pas demandé de le faire.

[147] Ce raisonnement est confirmé lorsqu’on examine les pouvoirs de réglementation prévus dans la Loi de 1997. Cette dernière prévoit un certain nombre de circonstances dans lesquelles la Commission est

the Board's ability to make regulations with respect to various matters can be found in the following provisions:

- subsection 29.9(2): “The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations” dealing with use of protected material by educational institutions;
- subsection 76(4): “The Board may, for the purposes of this section, ... (b) by regulation, establish periods ... within which the [right to certain royalties] must be exercised;”
- subsection 77(4): “The Copyright Board may make regulations governing the issuance of licences” with respect to works whose copyright owner cannot be located;
- paragraph 83(13)(b): “The Board may, for the purposes of subsections (11) and (12), ... by regulation, establish the periods” within which the right to certain remuneration must be exercised.

[148] None of these deal with tariffs. The 1988 amendments to the Act established the Copyright Board and described its structure and powers in some detail. These provisions were not modified in any material way in the 1997 amendments. Given the centrality of tariffs to the Board's mandate, one would expect any grant of regulation-making power to appear in the amendments which establish the Board. As a result, the absence of such powers is an indicator that no such regulation-making power relative to tariffs was intended. The Board's regulation-making powers with respect to its operations are set out in subsection 66.6(1) of the Act (1988):

Regulations

66.6 (1) The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations governing:

expressément habilitée à prendre des règlements. Les dispositions suivantes, par exemple, portent sur la capacité de la Commission de prendre des règlements sur diverses questions :

- Paragraphe 29.9(2) : « La Commission peut, par règlement et avec l'approbation du gouverneur en conseil, préciser » les modalités de l'utilisation par les établissements d'enseignement de documents protégés.
- Paragraphe 76(4) : « Pour l'application du présent article, la Commission peut [...] b) fixer par règlement les délais de déchéance pour les réclamations » de redevances.
- Paragraphe 77(4) : « La Commission peut, par règlement, régir l'attribution des licences » lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable.
- Alinéa 83(13)b) : « Pour l'application des paragraphes (11) et (12), la Commission peut [...] fixer par règlement des périodes » pendant lesquelles la rémunération peut être réclamée.

[148] Aucune de ces dispositions ne concerne les tarifs. Les modifications apportées à la Loi en 1988 ont constitué la Commission du droit d'auteur et ont défini de manière assez détaillée sa structure et ses pouvoirs. Les modifications de 1997 n'ont pas apporté de changement important à ces dispositions. Compte tenu de la place centrale qu'occupent les tarifs dans le mandat de la Commission, on s'attendrait à ce que, si des pouvoirs de réglementation lui étaient conférés, ils figurent dans les modifications constituant la Commission. Par conséquent, l'absence de tels pouvoirs montre que l'intention n'était pas de conférer des pouvoirs de réglementation à l'égard des tarifs. Les pouvoirs de réglementation de la Commission en ce qui concerne ses activités sont énoncés au paragraphe 66.6(1) de la Loi de 1988 :

Règlement

66.6 (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements régissant :

(a) the practice and procedure in respect of the Board’s hearings, including the number of members of the Board that constitutes a quorum;

(b) the time and manner in which applications and notices must be made or given;

(c) the establishment of forms for the making or giving of applications and notices; and

(d) the carrying out of the work of the Board, the management of its internal affairs and the duties of its officers and employees.

a) la pratique et la procédure des audiences, ainsi que le quorum;

b) les modalités, y compris les délais, d’établissement des demandes et les avis à donner;

c) l’établissement de formules pour les demandes et les avis;

d) de façon générale, l’exercice de ses activités, la gestion de ses affaires et les fonctions de son personnel.

[149] There is no grant of power to the Board to make or establish tariffs by regulation.

[149] La Loi ne confère aucunement à la Commission le pouvoir de fixer des tarifs par voie de règlement.

[150] Finally, one gets a sense of the status of Board-approved tariffs from the fact that, while they are published in the *Canada Gazette*, as regulations are, they are published in Part I which deals with public notices, official appointments and proposed regulations from the Government of Canada. On the other hand, regulations are published in Part II which contains regulations, orders in council, orders and proclamations: Government of Canada, “Parts of the Canada Gazette” (last modified 9 August 2019), online: *Canada Gazette* <<http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/lm-sp-eng.html#a5>>. While this factor, taken by itself, would not necessarily be conclusive on the legal status of tariffs, when it is taken in combination with the factors discussed above, the only conclusion which one can reasonably draw is that copyright tariffs are not regulations.

[150] Enfin, pour bien définir le statut accordé aux tarifs homologués par la Commission, il faut savoir que, même si, à l’instar des règlements, ils sont publiés dans la *Gazette du Canada*, ils le sont dans la partie I, qui concerne les avis publics, les nominations officielles et les projets de règlement du gouvernement du Canada. Les règlements, en revanche, sont publiés dans la Partie II, qui rassemble les règlements, les décrets, les arrêtés et les proclamations : Gouvernement du Canada, « Parties de la Gazette du Canada » (dernière modification le 9 août 2019), en ligne : *Gazette du Canada* <<http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/lm-sp-fra.html#a5>>. Pris isolément ce facteur ne mène pas nécessairement à une conclusion quant au statut juridique des tarifs; cependant, lorsqu’il est conjugué aux autres facteurs discutés ci-dessus, la seule conclusion raisonnable est que les tarifs de droits d’auteur ne sont pas des règlements.

[151] The final difference between section 67.1 and its predecessor (section 67 in the Act (1988)) is the absence of any reference to the issuance of licences in the proposed tariff to be filed by a collective society under the Performing Rights Regime. As noted earlier, a collective society is defined in section 2 of the Act in relevant part as a society that operates a business of collective administration for the benefit of those who authorize it to act on their behalf and operates a licensing scheme. Section 67 refers to collective societies that carry on the business of granting licences for the public performances of works, which is consistent with operating a licensing scheme. Section 67.1, under consideration here, refers

[151] La dernière différence entre l’article 67.1 et sa version antérieure (l’article 67 de la Loi de 1988) est l’absence de toute référence à l’octroi de licences dans le projet de tarif devant être déposé par la société de gestion exerçant des activités encadrées par le régime de droits d’exécution. Comme je l’ai dit précédemment, la société de gestion est définie, dans la partie pertinente de l’article 2 de la Loi, comme étant une société qui est autorisée à se livrer à la gestion collective et qui administre un système d’octroi de licences. L’article 67 renvoie aux sociétés de gestion qui se livrent à l’octroi de licences pour l’exécution publique d’œuvres, ce qui se fait dans le cadre de l’exploitation d’un système d’octroi

to “[e]ach collective society referred to in section 67”. These repeated references to collective societies and licensing schemes leave little room for the possibility that the proposed tariff of royalties to be collected by a collective society relates to anything other than royalties to be collected for the issuance of licences.

[152] Returning to the scheme set out in the Performing Rights Regime, subsection 67.1(4) provides an incentive for collective societies who are obliged to file a proposed tariff to do so. It will be recalled that in the Act (1936), a performing rights society that failed to file a statement of proposed fees, charges and royalties could not commence an infringement action without the written consent of the Minister. This measure is also found in the Act (1997):

67.1 ...

...

Prohibition of enforcement

(4) Where a proposed tariff is not filed with respect to the work, performer’s performance or sound recording in question, no action may be commenced, without the written consent of the Minister, for

(a) the infringement of the rights, referred to in section 3, to perform in public or to communicate to the public by telecommunication, the work, performer’s performance or sound recording; or

(b) the recovery of royalties referred to in section 19.

[153] This provision differs from the original version which dealt with societies that had not filed the list of the works in their repertoire. Beginning with the 1997 amendments, societies are no longer required to file lists though, as pointed out above, they are required to respond to inquiries. As a result, the trigger for the restriction on the right to commence an infringement action is the failure to file a proposed tariff with respect to a work as opposed to a repertoire.

[154] The procedure for the approval of a proposed tariff remains substantially the same as it was in the 1988 amendments and their predecessors.

de licences. L’article 67.1, qui est examiné en l’espèce, porte sur « [l]es sociétés visées à l’article 67 ». Ces renvois répétés aux sociétés de gestion et aux systèmes d’octroi de licences laissent peu de place à la possibilité que le tarif proposé pour les redevances que percevra la société de gestion concerne autre chose que les redevances à percevoir pour l’octroi de licences.

[152] Pour en revenir au mécanisme établi dans le régime de droits d’exécution, le paragraphe 67.1(4) incite les sociétés de gestion tenues de déposer un projet de tarif à le faire. On se souviendra qu’aux termes de la Loi de 1936, une société de perception de droits d’exécution qui ne déposait pas d’état des honoraires, redevances ou tantièmes qu’elle se proposait de percevoir ne pouvait pas intenter d’action pour violation sans le consentement écrit du ministre. Cette mesure figure également dans la Loi de 1997 :

67.1 [...]

[...]

Interdiction des recours

(4) Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l’exercice de quelque recours que ce soit pour violation du droit d’exécution en public ou de communication au public par télécommunication visé à l’article 3 ou pour recouvrement des redevances visées à l’article 19.

[153] Cette disposition diffère de la version originale, qui visait les sociétés qui n’avaient pas déposé la liste des œuvres de leur répertoire. Depuis les modifications de 1997, les sociétés ne sont plus tenues de déposer de listes; cependant, comme je l’ai déjà fait observer, elles doivent répondre aux demandes de renseignements. Par conséquent, l’élément qui ouvre droit aux actions judiciaires pour violation est l’omission de déposer un projet de tarif visant l’œuvre plutôt que le répertoire.

[154] La procédure d’approbation des projets de tarif reste sensiblement la même que dans les modifications de 1988 et les versions antérieures de la Loi.

[155] The 1997 amendments carried forward, with slight modifications, the remedies provision of the 1988 amendment (subsection 67.2(2)), which was renumbered as subsection 68.2(1). The latter is reproduced below with the modifications underlined, for ease of comparison:

Effect of fixing royalties

68.2 (1) Without prejudice to any other remedies available to it, a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction. [My emphasis.]

[156] In the English version, the substitution of “collective society” and “tariff” for the phrases “society, association or corporation” and “approved statement” respectively are of no consequence. The substitution of “and” for “or” also strikes me as immaterial since “or” can be conjunctive as well as disjunctive: see, for example, *Essar Steel Algoma Inc. v. Jindal Steel and Power Limited*, 2017 FCA 166, at paragraphs 20, 28.

[157] In the French version of subsection 68.2(1), the substitutions of “*société de gestion*” for “*société, association ou compagnie*” tracks the English version. On the other hand, the word “tariff” was introduced in the 1988 amendments, at a time when the English version still referred to “statement of fees, charges or royalties”. In those amendments, “a proposed statement of fees, charges or royalties” in the English version is rendered as “*un projet de tarif*”. In the 1997 amendments, “tariff” is rendered simply by “*tarif*”. This is another indication that the Act treats “statement of fees, charges or royalties” and “tariff” as equivalent expressions.

[158] Access Copyright argues, on the basis of the conjunction of the word “tariff” and the phrase “collect ... and, in default of their payment, recover [royalties] in a court of competent jurisdiction”, coupled with the removal of any reference to licences in subsection 68.2(1),

[155] Les modifications de 1997 ont repris, avec de légères modifications, la disposition relative aux recours incluse dans la modification de 1988 (paragraphe 67.2(2)), laquelle a été renumérotée et est devenue le paragraphe 68.2(1). Cette disposition est reproduite ci-dessous; les modifications sont soulignées pour faciliter la comparaison :

Portée de l’homologation

68.2 (1) La société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice. [Non souligné dans l’original.]

[156] Dans la version anglaise, le remplacement des expressions « *society, association or corporation* » et « *approved statement* » par « *collective society* » et « *tariff* » respectivement est sans conséquence. Toujours dans la version anglaise, le remplacement de « *or* » par « *and* » me semble également sans importance puisque « *or* » peut être une conjonction aussi bien qu’une disjonction : voir, par exemple, *Essar Steel Algoma Inc. c. Jindal Steel and Power Limited*, 2017 CAF 166, aux paragraphes 20 et 28.

[157] Dans la version française du paragraphe 68.2(1), le remplacement des mots « société, association ou compagnie » par « société de gestion » est parallèle à la version anglaise. Par contre, le mot « tarif » a été introduit dans les modifications de 1988 alors que la version anglaise avait conservé l’expression « *statement of fees, charges or royalties* ». Dans les modifications de 1988, l’expression « *a proposed statement of fees, charges or royalties* » dans la version anglaise a pour équivalent français « un projet de tarif ». Dans les modifications de 1997, le mot anglais « *tariff* » est rendu simplement par « tarif » en français. C’est là une autre indication que la Loi considère les expressions « état des honoraires, redevances et tantièmes » en français ou « *statement of fees, charges or royalties* » en anglais et « tarif » en français ou « *tariff* » en anglais comme étant équivalentes.

[158] Access Copyright soutient, en se fondant sur la juxtaposition du mot « tarif » et de l’expression « percevoir les redevances [...] et [...] en poursuivre le recouvrement en justice », associée à la suppression de toute mention des licences dans le paragraphe 68.2(1), que ce

that this scheme is a mandatory tariff scheme and not a licensing scheme.

[159] As noted earlier, the absence of the word “licence” in subsection 68.2(1) cannot change the statutory mission of collective societies which is to operate a licensing scheme for the benefit of those it represents.

[160] To the extent that subsection 68.2(1) is seen as a remedies section, the question which arises is the source of rights for which subsection 68.2(1) provides a means of enforcement. In other words, if this scheme is a mandatory tariff scheme, where does the obligation to pay royalties (as opposed to damages) upon infringement arise?

[161] The jurisprudence dealing with the Act (1936) made it clear that the legislative scheme did not displace performing societies’ existing business model. It simply regulated one aspect of that business, the setting of prices. The performing rights societies were still in the licensing business. The Act (1936) did not purport to give societies any remedies in addition to those that they already had by virtue of their licence agreements and the other provisions of the Act dealing with remedies for infringement.

[162] If subsection 68.2(1) is to be seen as creating a new remedy for collective societies then, Access Copyright ought to be able to identify the source of the right it claims. The use which Access Copyright seeks to make of modifications in the statutory language is inconsistent with the continuous thread running through the legislative history. It is reasonably clear that the role of collective societies is to aid artists and creators in enforcing their rights. That goal, however laudable, is not incompatible with the public interest in regulating the market power resulting from the concentration of copyrights in a small number of hands. From the point of view of the consumer, there is no difference between the market power exercised by “dealers in performing rights” and that exercised by a collective society.

régime est un régime tarifaire obligatoire et non un système d’octroi de licences.

[159] Comme je l’ai fait observer plus haut, l’absence du mot « licence » au paragraphe 68.2(1) ne peut pas modifier la mission légale des sociétés de gestion, soit exploiter un système d’octroi de licences au profit des personnes qu’elles représentent.

[160] Dans la mesure où le paragraphe 68.2(1) constitue une disposition relative aux recours, la question qui se pose est celle de la source des droits que vient protéger le mécanisme d’exécution prévu au paragraphe 68.2(1). Autrement dit, si le régime établi est un régime tarifaire obligatoire, d’où vient l’obligation de payer des redevances (par opposition à des dommages-intérêts) en cas de violation?

[161] Il ressort clairement de la jurisprudence relative à la Loi de 1936 que le régime légal ne supplantait pas le modèle commercial existant des sociétés de perception de droits d’exécution. Il ne faisait que régir un aspect de cette activité, à savoir la fixation des prix. L’entreprise des sociétés de perception de droits d’exécution continuait d’être l’octroi de licences. La Loi de 1936 n’avait pas pour but de conférer aux sociétés des recours s’ajoutant à ceux dont elles disposaient déjà en vertu de leurs contrats de licence et des autres dispositions de la Loi prévoyant des recours en cas de violation.

[162] Si le paragraphe 68.2(1) doit être considéré comme créant un nouveau recours pour les sociétés de gestion, alors Access Copyright doit être en mesure de montrer quelle est la source du droit qu’elle revendique. L’utilisation qu’Access Copyright cherche à faire des modifications apportées au libellé est incompatible avec le fil conducteur liant les versions successives de la Loi. Il est assez clair que le rôle des sociétés de gestion est d’aider les artistes et les créateurs à faire respecter leurs droits. Cet objectif, aussi louable soit-il, n’est pas incompatible avec l’intérêt public consistant à régir l’emprise sur le marché résultant de la concentration des droits d’auteur entre les mains de quelques personnes. Du point de vue du consommateur, il n’y a pas de différence entre l’emprise sur le marché que possèdent les [TRADUCTION] « négociants en droits d’exécution » et celui que possèdent les sociétés de gestion.

[163] Furthermore, the modifications upon which Access Copyright relies, principally the absence of references to licences in certain provisions, are an oblique way of changing the law. In *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575 (*Summers*), the Supreme Court wrote that Parliament is presumed to know the legal context in which it legislates and that it was “inconceivable” that Parliament would intend to disturb well-settled law without “explicit language” or by “relying on inferences that could possibly be drawn from the order of certain provisions in the *Criminal Code*” (at paragraphs 55–56).

[164] In paragraph 21 of *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, the Supreme Court placed these dicta in the context of the principle of stability in the law:

... Absent clear legislative intention to the contrary, a statute should not be interpreted as substantially changing the law, including the common law:.... This principle, if applied too strictly, may lead to refusal to give effect to intended legislative change. But it nonetheless reflects the common sense idea that Parliament is deemed to know the existing law and is unlikely to have intended any significant changes to it unless that intention is made clear: This principle is reflected in ss. 45(2) and 45(3) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provide that the amendment of an enactment does not imply any change in the law and that the repeal of an enactment does not make any statement about the previous state of the law. [Citations omitted.]

(See also *Namdarpour v. Vahman*, 2019 BCCA 153, 23 B.C.L.R. (6th) 215, at paragraph 30.)

[165] Like the Court in *Summers*, I consider that it would be, if not “inconceivable”, then at least extremely surprising if Parliament chose to disturb long settled law by means of modest omissions while largely retaining the text and structure of the provisions upon which the previous law was founded.

[163] De plus, les modifications sur lesquelles se fonde Access Copyright, principalement le fait qu’il n’est pas fait mention de licences dans certaines dispositions, constitueraient une manière indirecte de modifier le droit. Dans l’arrêt *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575 (*Summers*), la Cour suprême a écrit que le législateur est présumé connaître le contexte juridique dans lequel il légifère et qu’il est « inconcevable » qu’il ait voulu changer une loi bien établie, « mais qu’il ne l’ait pas fait de manière explicite » ou qu’il s’en soit remis « à des inférences susceptibles d’être tirées de l’ordre d’apparition de certaines dispositions dans le *Code criminel* » (aux paragraphes 55 et 56).

[164] Au paragraphe 21 de l’arrêt *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, la Cour suprême a examiné ces observations dans le contexte du principe de la stabilité du droit :

[...] En l’absence d’une intention contraire exprimée clairement par le législateur, une loi ne devrait pas être interprétée de façon à modifier substantiellement le droit, y compris la common law [...] Ce principe, s’il est appliqué de façon trop stricte, peut mener au refus de donner effet à une modification que le législateur a souhaité faire. Cependant, il traduit l’idée, conforme au bon sens, que le législateur est censé connaître le droit existant et qu’il n’a probablement pas voulu y apporter de changements importants à moins de l’indiquer clairement [...] Ce principe est exprimé aux par. 45(2) et (3) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, qui disposent que la modification d’un texte ne suppose pas un changement des règles de droit et que son abrogation ne constitue pas une déclaration sur l’état antérieur du droit. [Renvois omis.]

(Voir également *Namdarpour v. Vahman*, 2019 BCCA 153, 23 B.C.L.R. (6th) 215, au paragraphe 30.)

[165] Comme l’a déclaré la Cour suprême dans l’arrêt *Summers*, je considère qu’il serait, sinon « inconcevable », du moins extrêmement étonnant que le législateur décide de changer des règles de droit ayant cours depuis longtemps en faisant des suppressions mineures tout en conservant largement le texte et la structure des dispositions sur lesquelles reposait la version antérieure de la Loi.

[166] To the extent that Access Copyright’s argument relies upon an implicit obligation to pay royalties, the explicit language which Parliament used to create financial obligations in sections 19 and 81 of the Act (1997), reproduced below, highlights the absence of such language in relation to royalties:

Right to remuneration

19. (1) Where a sound recording has been published, the performer and maker are entitled, subject to section 20, to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication, except for any retransmission.

...

Right of remuneration

81. (1) Subject to and in accordance with this Part, eligible authors, eligible performers and eligible makers have a right to receive remuneration from manufacturers and importers of blank audio recording media in respect of the reproduction for private use of

(a) a musical work embodied in a sound recording; [My emphasis.]

[167] The absence of any equivalent language establishing the right to royalties weighs heavily against any argument that the existence of the right can be inferred from the statutory grant of the remedy. In any event, this last line of reasoning would stand on its head the legal maxim that there is no right without a remedy: *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183, at paragraph 120.

[168] The better question is why subsection 68.2(1) is necessary at all if collective societies are entitled to rely upon their contractual rights in any event.

[169] The comments made earlier at paragraph 115 of these reasons with respect to the remedies portion of section 70.4 would also apply to subsection 68.2(1). In the absence of subsection 68.2(1), a rights holder would have no remedy against a non-licensee who offered to pay the tariff amount for the use of protected material, who then used the material but refused or neglected to pay the promised amount. The rights holder would have

[166] Dans la mesure où Access Copyright fait valoir qu’il y a obligation implicite de payer des redevances, on constate que les termes explicites que le législateur a utilisés pour créer des obligations financières aux articles 19 et 81 de la Loi de 1997, qui sont reproduits ci-dessous, ne sont pas utilisés pour les redevances :

Portée de l’homogation

19. (1) Sous réserve de l’article 20, l’artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l’exclusion de toute retransmission — de l’enregistrement sonore publié.

[...]

Droit à rémunération

81. (1) Conformément à la présente partie et sous réserve de ses autres dispositions, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour la copie à usage privé d’enregistrements sonores ou d’œuvres musicales ou de prestations d’œuvres musicales qui les constituent, à une rémunération versée par le fabricant ou l’importateur de supports audio vierges. [Non souligné dans l’original.]

[167] L’absence de termes équivalents établissant le droit aux redevances enlève beaucoup de poids à l’argument voulant que l’on puisse déduire l’existence d’un droit du fait que la Loi confère un recours. En tout état de cause, ce dernier raisonnement inverserait la maxime juridique selon laquelle « là où il y a un droit, il y a un recours » : arrêt *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, paragraphe 120.

[168] Il serait préférable de se demander pourquoi le paragraphe 68.2(1) serait nécessaire si les sociétés de gestion pouvaient faire valoir leurs droits contractuels dans tous les cas.

[169] Les observations formulées au paragraphe 115 des présents motifs concernant la partie de l’article 70.4 relative aux recours s’appliqueraient également au paragraphe 68.2(1). Sans le paragraphe 68.2(1), les titulaires de droits n’auraient aucun recours contre les personnes ne détenant pas de licence qui auraient offert de payer le tarif pour l’utilisation d’œuvres protégées et auraient ensuite utilisé les œuvres, mais qui auraient refusé

no remedy in the absence of subsection 68.2(1) because it provided no consideration for the offer to pay since the benefit of using the material free of the threat of an infringement action is a statutory benefit and not consideration flowing from the rights holder. Furthermore, the rights holder would be barred from bringing an action for infringement since the offer of payment, according to the Statutory Licence (subsection 68.2(2)), is a bar to an action for infringement.

[170] In any event, in light of the statutory language, and its legislative history, Access Copyright’s argument that the remedy provided for in subsection 68.2(1) allows it to collect royalties from non-licensees i.e. infringers cannot be sustained.

[171] The last element of scheme put into place by the Act (1936), the Statutory Licence provision, continues to be present in the Act following the 1997 amendments:

68.2 ...

Proceedings barred if royalties tendered or paid

(2) No proceedings may be brought for

(a) the infringement of the right to perform in public or the right to communicate to the public by telecommunication, referred to in section 3, or

(b) the recovery of royalties referred to in section 19

against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff.

[172] The notable difference between subsection 68.2(2) and its predecessor, subsection 67.2(3) of the Act (1988), is the addition of the reference to “the recovery of royalties referred to in section 19”. This change does not alter the character of the scheme of the Performing Rights Regime.

[173] As noted at the start of this review, the provisions of the Performing Rights Regime are not in issue in this

ou omis de payer la somme promise. Les titulaires de droits ne disposeraient d’aucun recours sans le paragraphe 68.2(1), car ils ne fournissent pas de contrepartie pour l’offre de paiement puisque l’avantage que constitue l’utilisation des œuvres sans menace d’action pour violation est un avantage prévu par la loi et non une contrepartie donnée par le titulaire de droits. De plus, le titulaire de droits ne pourrait pas tenter d’action pour violation puisque l’offre de paiement, sous le régime de la licence légale (paragraphe 68.2(2)), interdit toute action pour violation.

[170] De toute façon, vu le libellé de la loi et son évolution au fil des ans, il est impossible de retenir l’argument d’Access Copyright selon lequel le recours prévu au paragraphe 68.2(1) lui permet de percevoir des redevances auprès de personnes qui ne sont pas titulaires de licence, c’est-à-dire des personnes violant le droit d’auteur.

[171] Le dernier élément du régime mis en place par la Loi de 1936, soit la disposition relative à la licence légale, est demeuré dans la Loi après les modifications de 1997 :

68.2 [...]

Interdiction des recours

(2) Il ne peut être intenté aucun recours pour violation des droits d’exécution en public ou de communication au public par télécommunication visés à l’article 3 ou pour recouvrement des redevances visées à l’article 19 contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

[172] La différence évidente entre le paragraphe 68.2(2) et sa version antérieure, le paragraphe 67.2(3) de la Loi de 1988, est l’ajout des termes « recouvrement des redevances visées à l’article 19 ». Ce changement ne modifie pas la nature du régime de droits d’exécution.

[173] Comme je l’ai dit au début de la présente analyse, les dispositions du régime de droits d’exécution ne sont

appeal but, because of the incorporation by reference of certain sections into the General Regime, they provide context for the interpretation of the provisions of the latter regime. This review shows that the key elements of the scheme put into place by the Act (1936) have been carried forward into the Performing Rights Regime of the Act (1997). In my view, the changes in wording in the 1997 amendments are insufficient to alter the nature of the original scheme. In particular, the continuing references to licensing schemes emphasize the continuity of Parliament's intent in legislating as it did. As we will see, that same continuity is present in the provisions of the Act (1997) dealing with the General Regime.

(c) *The General regime*

[174] The General Regime, like the Performing Rights Regime, begins with a description of the collective societ[ies], as defined in section 2, to which it applies. But whereas the Performing Rights Regime deals with the performing rights set out in section 3 of the Act, the General Regime deals with the other rights described in section 3, as well as the rights described in sections 15, 18 and 21 of the Act (1997). As a result, the description of the collective societies to which the provisions of the General Regime apply in section 70.1 has four paragraphs dealing with each of those sections. Since the focus in this appeal is on reproduction rights, the paragraph dealing with those rights (Act (1997), paragraph 70.1(a)) is reproduced below:

Collective societies

70.1 Sections 70.11 to 70.6 apply in respect of a collective society that operates

(a) a licensing scheme, applicable in relation to a repertoire of works of more than one author, pursuant to which the society sets out the classes of uses for which and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize the doing of an act mentioned in section 3 in respect of those works;

pas en cause dans le présent appel, mais, en raison de l'incorporation par renvoi de certaines de ses dispositions dans le régime général, elles fournissent le contexte pour l'interprétation des dispositions du régime général. L'analyse qui précède montre que les éléments clés du mécanisme mis en place par la Loi de 1936 ont été repris jusque dans le régime de droits d'exécution de la Loi de 1997. À mon avis, les modifications apportées au libellé des dispositions en 1997 ne sont pas suffisantes pour qu'on y voie une modification de la nature du régime initial. Plus précisément, les renvois répétés aux systèmes d'octroi de licences soulignent l'intention continue du législateur de légiférer comme il l'a fait. Comme nous le verrons, cette même continuité est présente dans les dispositions de la Loi de 1997 concernant le régime général.

c) *Le régime général*

[174] Le régime général, tout comme le régime de droits d'exécution, commence par présenter les société[s] de gestion, au sens de l'article 2, auxquelles il s'applique. Cependant, alors que le régime de droits d'exécution porte sur les droits d'exécution énoncés à l'article 3 de la Loi, le régime général porte sur les autres droits énoncés à l'article 3, ainsi que sur les droits prévus aux articles 15, 18 et 21 de la Loi de 1997. Par conséquent, l'article 70.1, qui précise à quelles sociétés de gestion les dispositions du régime général s'appliquent, comporte quatre alinéas, chacun portant sur un de ces articles. Étant donné que le présent appel porte essentiellement sur les droits de reproduction, l'alinéa concernant ces droits (alinéa 70.1a) de la Loi de 1997) est reproduit ci-dessous :

Sociétés de gestion

70.1 Les articles 70.11 à 70.6 s'appliquent dans le cas des sociétés de gestion chargées d'octroyer des licences établissant :

a) à l'égard d'un répertoire d'œuvres de plusieurs auteurs, les catégories d'utilisation à l'égard desquelles l'accomplissement de tout acte mentionné à l'article 3 est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence;

The paragraphs dealing with the other rights follow the same template.

[175] As is the case for the Performing Rights Regime, the General Regime deals with collective societies that operate a licensing scheme. The definition of a collective society, it will be recalled, also incorporates a reference to the operation of a licensing scheme. In addition, each paragraph of section 70.1 specifies the nature of the licensing scheme for each of the sections which creates rights in works. In the case of paragraph 70.1(a), the licensing scheme is one in which the society sets out the uses for which and the royalties and terms and conditions upon which it authorizes the doing of an act mentioned in section 3 in respect of the relevant works. I pause here to point out that a licence “is a consent by an owner of a right that another person should commit an act which, but for that licence, would be an infringement of the right of the person who gives the licence”: Harold G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1969), at page 285, quoted in *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, 1998 CanLII 791, at paragraph 49. Thus, paragraph 70.1(a) also incorporates a reference to licensing.

[176] The French version of paragraph 70.1(a) makes this even clearer when it says “à l’égard desquelles l’accomplissement de tout acte mentionné à l’article 3 est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence” which translates as “the doing of any of the acts mentioned in section 3 is authorized as well as the royalties to be paid and the conditions to be respected to obtain a licence” (translation by the Court). Thus, the definition of collective society in section 2 of the Act stipulates that collective societies operate a licensing scheme while paragraphs 70.1(a), (a.1), (b) and (c) describe the subject matter of the licences contemplated by each of those paragraphs.

Les alinéas concernant les autres droits suivent le même modèle.

[175] Comme c’est le cas pour le régime de droits d’exécution, le régime général concerne les sociétés de gestion qui gèrent un système d’octroi de licences. La définition de société de gestion, rappelons-le, renvoie également à la gestion d’un système d’octroi de licences. En outre, chaque alinéa de l’article 70.1 précise la nature du système d’octroi de licences pour chacun des articles qui crée des droits sur les œuvres. Aux termes de la version anglaise de l’alinéa 70.1(a), le système d’octroi de licences est un système en vertu duquel la société établit les utilisations, les redevances et les modalités « *upon which it authorizes the doing of an act mentioned in section 3* », qui pourrait se traduire par « pour lesquelles elle autorise l’accomplissement de tout acte mentionné à l’article 3 », à l’égard d’une œuvre. Je m’arrête ici pour souligner qu’une licence [TRADUCTION] « est un consentement du titulaire d’un droit à ce qu’une autre personne accomplisse un acte qui, sans la licence, violerait le droit de la personne qui accorde la licence » (Harold G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 1969), à la page 285, cité dans l’arrêt *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, 1998 CanLII 791, au paragraphe 49). Ainsi, l’alinéa 70.1(a) incorpore également un renvoi à l’octroi de licences.

[176] La version française de l’alinéa 70.1(a) rend les choses encore plus claires du fait qu’elle comporte cette précision : « à l’égard desquelles l’accomplissement de tout acte mentionné à l’article 3 est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence ». Ainsi, la définition de société [collective] donnée à l’article 2 de la Loi établit que les sociétés de gestion gèrent un système d’octroi de licences, tandis que les alinéas 70.1(a), a.1), b) et c) précisent l’objet des licences visées à chacun de ces alinéas.

[177] The public disclosure obligation imposed by the Act (1936), as modified in the Performing Rights Regime, also appears in the General Regime in section 70.11 of the Act (1997). Section 70.12 is a new provision which did not appear in any iteration of the Act prior to 1997. It gives collective societies operating under the General Regime a choice which the societies operating under the Performing Rights Regime do not enjoy:

Tariff or agreement

70.12 A collective society may, for the purpose of setting out by licence the royalties and terms and conditions relating to classes of uses,

- (a) file a proposed tariff with the Board; or
- (b) enter into agreements with users.

[178] Collective societies subject to the Performing Rights Regime must file a proposed tariff with certain time limits: see Act (1997), subsections 67.1(1) and (2). Collective societies subject to the General Regime may file a proposed tariff with the Board. It is not insignificant that the purpose of filing such a proposed tariff is to set out by licence the royalties and terms and conditions relating to classes of uses. As a result, this provision does not signal a difference of result between filing a tariff and entering into agreements with users. They are different ways of doing the same thing.

[179] The Act then deals with both of these possibilities; the provisions dealing with tariffs are found in sections 70.13 to 70.19 while sections 70.2 to 70.4 deal with agreements with users.

[180] Subsections 70.13(1) and (2) deal with the timing of the collective society's tariff filing. Both of these subsections refer to the proposed filings in terms of the "royalties to be collected by [the collective society] for issuing licences" which dispels any remaining doubt, should there be any, that the tariff scheme deals with licensing.

[177] L'obligation de divulgation au public, imposée par la Loi de 1936 et ses modifications subséquentes, que comporte le régime de droits d'exécution figure également dans le régime général à l'article 70.11 de la Loi de 1997. L'article 70.12 est une nouvelle disposition qui n'a figuré dans aucune des versions de la Loi antérieures à 1997. Il donne aux sociétés de gestion assujetties au régime général un choix dont ne bénéficient pas les sociétés assujetties au régime de droits d'exécution :

Projets de tarif ou ententes

70.12 Les sociétés de gestion peuvent, en vue d'établir par licence les redevances à verser et les modalités à respecter relativement aux catégories d'utilisation :

- a) soit déposer auprès de la Commission un projet de tarif;
- b) soit conclure des ententes avec les utilisateurs.

[178] Les sociétés de gestion assujetties au régime de droits d'exécution doivent déposer un projet de tarif à l'intérieur de certains délais : voir les paragraphes 67.1(1) et (2) de la Loi de 1997. Les sociétés de gestion assujetties au régime général peuvent déposer un projet de tarif auprès de la Commission. Il n'est pas négligeable que l'objectif du dépôt de ce projet de tarif soit d'établir par licence les redevances à verser et les modalités à respecter relativement aux catégories d'utilisation. Par conséquent, cette disposition n'est pas le signe que le dépôt d'un tarif et la conclusion d'ententes avec les utilisateurs mènent à des résultats différents. Il s'agit de façons différentes de faire la même chose.

[179] La Loi porte ensuite sur ces deux possibilités : les dispositions relatives aux tarifs se trouvent aux articles 70.13 à 70.19, tandis que celles relatives aux ententes avec les utilisateurs se trouvent aux articles 70.2 à 70.4.

[180] Les paragraphes 70.13(1) et (2) portent sur le moment auquel la société de gestion dépose son tarif. Dans ces deux paragraphes, il est précisé que les projets de tarif à déposer sont ceux des « redevances à percevoir [par la société de gestion] pour l'octroi de licences », ce qui dissipe les doutes qui pourraient subsister quant au fait que le régime tarifaire encadre l'octroi de licences.

[181] Section 70.14 incorporates by reference the provisions of the Performing Rights Regime dealing with the duration of a proposed tariff (subsection 67.1(3)), the notice requirements with respect to a proposed tariff (subsection 67.1(5)) and the procedure for the Board’s consideration of the proposed tariff and any objections made to it (subsection 68(1)). These mirror essential elements of the Act (1936).

[182] Subsection 70.15(1) provides for the approval of the proposed tariff, with or without alterations, by the Board having regard to any objections. Subsection 70.15(2) incorporates by reference subsections 68(4) and 68.2(1) of the Performing Rights Regime. Subsection 68(4) deals with publication of the tariff in the *Canada Gazette* and other notice issues while subsection 68.2(1), already discussed above, deals with remedies.

[183] In light of the discussion of subsection 68.2(1) in the review of the Performing Rights Regime and of its predecessor (subsection 67.2(2)) in the earlier review of the 1988 amendments, there is little if anything left to say about this provision. It has been present in the Act, in one form or another, since the Act (1936). The change in wording introduced in the 1988 amendments and brought forward in the 1997 version, when taken in historical context and with regard to the other provisions of the amended Act, is incapable of bearing the meaning which Access Copyright seeks to give it.

[184] Section 70.17 restates the language of Statutory Licence with an adjustment for the different rights which are administered pursuant to the General Regime:

Prohibition of enforcement

70.17 Subject to section 70.19, no proceedings may be brought for the infringement of a right referred to in section 3, 15, 18 or 21 against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff.

[185] Under the Performing Rights Regime, subsection 68.2(2) prevents a collective society from imposing terms more favourable to it than the terms and conditions of its approved tariff on users because the user can obtain immunity from an infringement action simply by

[181] L’article 70.14 incorpore par renvoi les dispositions du régime de droits d’exécution qui portent sur la durée de validité du projet de tarif (paragraphe 67.1(3)), les exigences en matière de préavis à l’égard du projet de tarif (paragraphe 67.1(5)) et la procédure d’examen par la Commission du projet de tarif et de toute opposition à celui-ci (paragraphe 68(1)). Il s’agit là d’éléments essentiels de la Loi de 1936.

[182] Le paragraphe 70.15(1) prévoit l’approbation par la Commission du projet de tarif, avec ou sans modifications, en tenant compte des oppositions, le cas échéant. Le paragraphe 70.15(2) incorpore par renvoi les paragraphes 68(4) et 68.2(1) du régime de droits d’exécution. Le paragraphe 68(4) porte sur la publication du tarif dans la *Gazette du Canada* et d’autres questions concernant les avis, tandis que le paragraphe 68.2(1), que j’ai déjà analysé plus haut, porte sur les recours.

[183] Étant donné que j’ai analysé plus haut le paragraphe 68.2(1) lorsque j’ai examiné le régime de droits d’exécution ainsi que sa version antérieure (le paragraphe 67.2(2)) lorsque j’ai examiné les modifications de 1988, il reste peu à dire sur cette disposition. Elle est présente dans la Loi, sous une forme ou une autre, depuis la Loi de 1936. Les modifications apportées au libellé en 1988 et en 1997, lorsqu’elles sont interprétées dans leur contexte historique et en regard des autres dispositions de la Loi modifiée, ne peuvent aucunement avoir le sens qu’Access Copyright cherche à leur attribuer.

[184] L’article 70.17 reprend le libellé de la licence légale, avec une modification pour tenir compte des différents droits administrés conformément au régime général :

Interdiction des recours

70.17 Sous réserve de l’article 70.19, il ne peut être intenté aucun recours pour violation d’un droit prévu aux articles 3, 15, 18 ou 21 contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

[185] Dans le cadre du régime de droits d’exécution, le paragraphe 68.2(2) interdit aux sociétés de gestion d’imposer à des utilisateurs des modalités qui leur sont plus favorables que les modalités de leur tarif homologué, car les utilisateurs peuvent obtenir l’immunité

tendering the tariff amount. In the General Regime, the effect of section 70.17 would be the same but for the effect of sections 70.19 and 70.191:

Where agreement exists

70.19 If there is an agreement mentioned in paragraph 70.12(b), sections 70.17 and 70.18 do not apply in respect of the matters covered by the agreement.

Agreement

70.191 An approved tariff does not apply where there is an agreement between a collective society and a person authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, if the agreement is in effect during the period covered by the approved tariff.

[186] In my view, sections 70.19 and 70.191 are intended to protect agreements concluded by collective societies from being overtaken by a tariff which the society may obtain for the same class of use. Section 70.191 applies when the collective society concludes an agreement with a user or class of user to which a subsequently approved tariff would otherwise apply. Given that tariffs are limitations on a collective society's ability to impose terms on users, section 70.19 provides certainty to contracting parties in the event of subsequently approved tariffs by making it clear that their agreement is not invalidated by the tariff.

[187] Section 70.19 applies when a collective society negotiates an agreement with a party who is a member of a class to which an existing tariff applies. In that case, the provisions which would allow the user to resile from the agreement, namely sections 70.17 and 70.18, do not apply, thus preserving agreements negotiated in good faith.

[188] Access Copyright put its argument on this issue as follows at paragraph 91 of its memorandum of fact and law:

The reproduction and use of in-repertoire Works by users only engages a tariff when the users have not entered into an agreement with the collective under these sections. It would be incongruous to interpret section 70.12 (a) as

contre les actions en violation en remettant simplement la somme prévue au tarif. Dans le régime général, l'effet de l'article 70.17 serait le même, n'eût été l'effet des articles 70.19 et 70.191 :

Non-application des articles 70.17 et 70.18

70.19 Les articles 70.17 et 70.18 ne s'appliquent pas aux questions réglées par toute entente visée à l'alinéa 70.12b).

Entente

70.191 Le tarif homologué ne s'applique pas en cas de conclusion d'une entente entre une société de gestion et une personne autorisée à accomplir tel des actes visés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, si cette entente est exécutoire pendant la période d'application du tarif homologué.

[186] À mon avis, les articles 70.19 et 70.191 visent à empêcher que les ententes conclues par les sociétés de gestion soient remplacées par un tarif que la société pourrait obtenir pour la même catégorie d'utilisation. L'article 70.191 s'applique lorsque la société de gestion conclut une entente avec un utilisateur ou une catégorie d'utilisateurs auxquels un tarif homologué ultérieurement s'appliquerait sinon. Étant donné que les tarifs constituent une restriction à la capacité des sociétés de gestion d'imposer des modalités aux utilisateurs, l'article 70.19 apporte une certitude aux parties contractantes en cas d'approbation ultérieure de tarifs, en précisant que leur entente n'est pas invalidée par le tarif.

[187] L'article 70.19 s'applique lorsqu'une société de gestion négocie une entente avec une partie qui appartient à une catégorie assujettie à un tarif existant. Dans ce cas, les dispositions qui permettraient à l'utilisateur de résilier l'entente, à savoir les articles 70.17 et 70.18, ne s'appliquent pas, ce qui préserve les ententes négociées de bonne foi.

[188] Access Copyright présente ses observations sur cette question au paragraphe 91 de son mémoire des faits et du droit de la manière suivante :

[TRADUCTION] La reproduction et l'utilisation d'œuvres du répertoire par les utilisateurs n'entraînent l'application du tarif que lorsque les utilisateurs n'ont pas conclu d'entente avec la société de gestion en application de ces articles. Il

also requiring the agreement of the user with the tariff terms in order for the tariff to be enforceable.

[189] Access Copyright’s argument, as I understand it, is that since the user’s agreement is implicit under paragraph 70.12(b), there is no reason to believe that a user’s consent is required when there is a tariff under paragraph 70.12(a).

[190] The difficulty with Access Copyright’s argument is that it misapprehends the effect of a tariff. Collective societies operate a licensing scheme; a collective society’s approved tariff sets out the royalties to be collected for issuing licences. The instrument which makes the tariff enforceable against a user is the licence which the user accepts from the collective society. So, as in the case of an agreement pursuant to paragraph 70.12(b), the user’s consent is required in the case of a licence issued pursuant to an approved tariff. There is no incoherence between paragraphs 70.12 (a) and (b).

[191] To summarize, the General Regime follows the structure of the Performing Rights Regime fairly closely which in turn follows the structure of the earlier provisions dealing with performing rights societies. To that extent, one can trace a line from *Vigneux* and the jurisprudence that followed it to the 1997 amendments to the Act dealing with collective societies. Within this line of reasoning, the tariff-setting process exists to limit the market power of collective societies which, by reason of that power, are in a position to impose terms on users. This is not in the public interest. This aspect of the legislation can be seen in the requirement that tariffs be approved by a public authority and a user’s ability to sidestep a collective society’s pressure tactics by paying or offering to pay the royalties in the approved tariff.

[192] However, the General Regime includes unique provisions which allow users and collective societies to contract on terms acceptable to both of them. These agreements are protected by provisions which suspend

serait absurde d’interpréter l’alinéa 70.12a) comme exigeant également que l’utilisateur accepte les modalités tarifaires pour que le tarif soit exécutoire.

[189] Si je comprends bien, Access Copyright soutient que, puisque l’alinéa 70.12b) prévoit implicitement l’accord de l’utilisateur, il n’y a aucune raison de croire que le consentement de l’utilisateur est nécessaire lorsqu’il s’agit du tarif visé à l’alinéa 70.12a).

[190] L’argument d’Access Copyright ne peut être retenu parce qu’il attribue au tarif un effet qu’il n’a pas. Les sociétés de gestion gèrent un système d’octroi de licences; le tarif homologué d’une société de gestion fixe les redevances à percevoir pour l’octroi des licences. L’instrument qui rend le tarif opposable aux utilisateurs est la licence que l’utilisateur accepte de la société de gestion. Ainsi, comme dans le cas d’une entente visée à l’alinéa 70.12b), le consentement de l’utilisateur est requis dans le cas d’une licence octroyée en application d’un tarif homologué. Il n’y a aucune incohérence entre les alinéas 70.12a) et b).

[191] En résumé, le régime général suit d’assez près la structure du régime de droits d’exécution, qui, à son tour, suit la structure des dispositions antérieures concernant les sociétés de perception de droits d’exécution. À cet égard, on peut voir la continuité depuis l’arrêt *Vigneux* et la jurisprudence qui en est issue jusqu’aux modifications relatives aux sociétés de gestion apportées à la Loi en 1997. Si l’on suit ce raisonnement, le processus d’établissement de tarifs existe afin de limiter l’emprise sur le marché des sociétés de gestion qui, en raison de leur pouvoir, sont en mesure d’imposer des conditions aux utilisateurs. Ce n’est pas dans l’intérêt du public. Cet aspect de la législation se voit dans l’exigence voulant que les tarifs soient homologués par une autorité publique et dans la possibilité donnée aux utilisateurs d’échapper aux moyens de pression des sociétés de gestion en payant ou en offrant de payer les redevances du tarif homologué.

[192] Toutefois, le régime général comprend des dispositions uniques permettant aux utilisateurs et aux sociétés de gestion de conclure des ententes selon des modalités acceptables pour les deux parties. Ces ententes

the operation of those provisions which would otherwise allow users to resile from an agreement.

[193] This leaves only the question of sections 70.2 to 70.4 dealing with the Board's role in the fixing of royalties and terms and conditions where a collective society and a user are unable to agree on the terms of an agreement. These provisions were considered earlier in these reasons when dealing with the Act (1988). The Supreme Court's decision in *SODRAC* confirms the view that collective societies operate licensing schemes so that, in every case, the question is whether the user has agreed to the terms of the licence. The fact that the Board has a role to play in setting those terms and conditions says nothing about a user's ability to accept, or not, a licence on those terms.

[194] The provisions of the Act as they stood after the 1997 amendments were carried forward into the *Copyright Modernization Act* except for minor changes to paragraph 67.1(4)(a) and subsection 68.2(2) to account for the additional rights recognized in subsections 15(1.1) and 18(1.1). These changes do not affect the analysis of the effect of an approved tariff on non-licensees.

B. *Jurisprudence*

[195] While there are many examples of successful prosecution of infringers, I have not been able to find any instances where the question of the enforceability of the tariff has been examined in any depth.

[196] Access Copyright has been successful in obtaining judgment against copy shop owners: see *Canadian Copyright Licensing Agency v. Apex Copy Centre*, 2006 FC 470, 290 F.T.R. 236, (*Apex*); *Canadian Copyright Licensing Agency v. U-Compute*, 2005 FC 1644, 284 F.T.R. 116, (*U-Compute*); *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Three Cent Copy Centre Ltd.*, 2012 FC 866 (*Three Cent*). Both

sont protégées par des dispositions qui suspendent l'application d'autres dispositions qui sinon permettraient aux utilisateurs de se soustraire à l'entente.

[193] Il ne reste donc que la question des articles 70.2 à 70.4, qui portent sur le rôle de la Commission dans l'établissement des redevances et des modalités lorsqu'une société de gestion et un utilisateur ne concluent pas d'entente. Ces dispositions ont déjà été examinées dans les présents motifs, lors de l'examen de la Loi de 1988. L'arrêt *SODRAC* rendu par la Cour suprême confirme le point de vue selon lequel les sociétés de gestion gèrent les systèmes d'octroi de licences de manière à ce que, dans chaque cas, la question soit de savoir si l'utilisateur a accepté les modalités de la licence. Le fait que la Commission joue un rôle dans l'établissement de ces modalités ne dit rien sur la capacité d'un utilisateur d'accepter ou non une licence selon ces modalités.

[194] Les dispositions de la Loi dans leur version suivant les modifications de 1997 ont été reprises dans la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, à l'exception de modifications mineures apportées à l'alinéa 67.1(4)a) et au paragraphe 68.2(2) pour qu'il y soit tenu compte des droits supplémentaires reconnus aux paragraphes 15(1.1) et 18(1.1). Ces changements n'ont aucune incidence sur l'analyse de l'effet des tarifs homologués sur les personnes qui ne sont pas titulaires de licence.

B. *La jurisprudence*

[195] Bien qu'il existe de nombreux exemples de poursuites fructueuses contre des personnes ayant violé le droit d'auteur, je n'ai pu trouver aucun précédent où la question du caractère exécutoire du tarif a été examinée en profondeur.

[196] Access Copyright a réussi à obtenir des jugements contre des propriétaires de magasins offrant des services de copie : voir les décisions *Canadian Copyright Licensing Agency c. Apex Copy Centre*, 2006 CF 470, [2006] A.C.F. n° 575 (QL) (*Apex*); *Canadian Copyright Licensing Agency c. U-Compute*, 2005 CF 1644, [2005] A.C.F. n° 2030 (QL) (*U-Compute*); *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Three Cent Copy*

Apex and *Three Cent* were cases in which judgment was entered in default while in *U-Compute*, judgment was entered by consent. Access Copyright’s right to obtain judgment was not challenged in any of these cases.

[197] SOCAN has been active in enforcing copyrights but it is the assignee of its members’ (affiliates) copyrights. It is therefore in a position to sue for infringement in its own name: see *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Kicks Roadhouse Inc.*, 2005 FC 528, 39 C.P.R. (4th) 238, at paragraph 4. In this case, SOCAN sued successfully for infringement of its copyrights and damages, including exemplary damages, an accounting of profits, and an injunction restraining the defendant from further acts of infringement. As the owner of the copyright, it was entitled to those remedies without reference to a tariff.

[198] In other cases, SOCAN sued to recover licence fees from non-licensees. In a great many cases, it obtained judgment in default so that its right to recover licence fees, as opposed to damages calculated on the basis of licence fees, was not tested: see two cases among a great many others, *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. 728859 Alberta Ltd.*, 2000 CanLII 15162, 6 C.P.R. (4th) 354 (F.C.T.D.); *Canada (Society of Composers, Authors and Music Publishers) v. Bano Inc. (Green Bean Java Bistro)*, 2019 FC 1011.

[199] As a result, I have not found any jurisprudence that would require me to change my view as to the enforceability of a Board-approved tariff against non-licensees. I acknowledge that such enforcement has been taking place but, in my view, it is the result of the confounding the enforcement of the tariff with awarding damages based on tariff amounts. This appears to have led to the general view that tariffs are mandatory since

Centre Ltd., 2012 CF 866, [2012] A.C.F. n° 1073 (QL) (*Three Cent*). Dans les décisions *Apex* et *Three Cent*, le jugement a été rendu par défaut, tandis que dans la décision *U-Compute*, le jugement a été rendu par consentement. Le droit d’Access Copyright à obtenir un jugement n’a été contesté dans aucune de ces affaires.

[197] La SOCAN exerce des activités visant à faire respecter les droits d’auteur, mais elle est cessionnaire des droits d’auteur de ses membres (affiliés). Elle peut donc intenter des actions pour violation du droit d’auteur pour son propre compte : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. Kicks Roadhouse Inc.*, 2005 CF 528, [2005] A.C.F. n° 646 (QL), au paragraphe 4. Dans cette décision, la Cour fédérale a accueilli les poursuites pour violation de droits d’auteur intentées par la SOCAN et a accordé des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts exemplaires, la restitution des bénéfices et une injonction interdisant aux défendeurs de commettre d’autres violations. En tant que titulaire du droit d’auteur, la SOCAN avait droit à ces mesures sans qu’elle ait à se fonder sur un tarif.

[198] Dans d’autres affaires, la SOCAN a intenté des actions en justice pour recouvrer des droits de licence auprès de personnes n’étant pas titulaires de licence. Dans un grand nombre de cas, elle a obtenu un jugement par défaut, de sorte que son droit de recouvrer des droits de licence, par opposition à des dommages-intérêts calculés en fonction de droits de licence, n’a pas été examiné : voir, entre autres, les décisions *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. 728859 Alberta Ltd.*, 2000 CanLII 15162, [2000] A.C.F. n° 590 (QL) (1^{re} inst.); et *Canada (Society of Composers, Authors and Music Publishers) c. Bano Inc. (Green Bean Java Bistro)*, 2019 CF 1011.

[199] Par conséquent, je n’ai trouvé aucun précédent qui m’obligerait à changer d’opinion quant au caractère exécutoire des tarifs homologués par la Commission à l’égard des personnes n’étant pas titulaires de licence. Je reconnais qu’il y a eu application du tarif comme s’il était obligatoire, mais, à mon avis, il en a été ainsi parce qu’il y a eu la confusion entre l’application du tarif et l’adjudication de dommages-intérêts en fonction des sommes

the measure of damages for infringement has been held to be the amounts prescribed by the tariff.

C. *General considerations*

[200] Access Copyright raises a legitimate question when it asks why collective societies would incur the costs and delay inherent in having a tariff approved if it is not mandatory? The advantage of a tariff is that it is public notice of the terms on which the collective society is willing to grant a licence. There are economies involved for both the collective society and users in reducing transaction costs in licensing. A tariff could be one way of doing so though it is doubtful that these economies are available in the current regulatory environment. Whether the cost/benefit analysis justifies applying for a tariff will depend on a variety of circumstances including the extent to which the proposed tariff provokes objections and the Board's process for dealing with those objections.

[201] The question of whether non-binding tariffs make financial sense to collective societies is an important one but, in the end, it does not assist in resolving in collective societies' favour the consistent references in any iteration of the Act to licensing schemes and their administration.

[202] All of this emphasizes the fact that the collective society/tariff regime is a means of regulating licensing schemes which, by definition, are consensual. While there have been modifications in the statutory language used between 1936 and 2012, the continuous references to licensing schemes and the retention of the key elements of the 1936 Act leave little doubt that tariffs are not mandatory which is to say that collective societies are not entitled to enforce the terms of their approved tariff against non-licensees.

[203] It is also worthwhile pointing out that I have not lost sight of the fact that collective administration is

prévues au tarif. Il semble que cela a mené à la conclusion générale que les tarifs sont obligatoires puisqu'il a été jugé que le montant des dommages-intérêts se calculait en fonction des sommes prévues au tarif.

C. *Considérations générales*

[200] Access Copyright soulève une question légitime lorsqu'elle demande pourquoi les sociétés de gestion devraient supporter les coûts et les délais inhérents à l'approbation de tarifs si celui-ci n'est pas obligatoire. L'avantage du tarif est qu'il constitue un avis public quant aux modalités auxquelles la société de gestion est prête à octroyer une licence. Tant la société de gestion que les utilisateurs peuvent réaliser des économies grâce à la réduction des coûts liés aux opérations d'octroi de licences. Le tarif peut être un moyen d'y parvenir, bien qu'il soit peu probable que ces économies soient réalisables dans le contexte réglementaire actuel. La question de savoir si l'analyse coûts-avantages justifie le dépôt d'un projet de tarif dépendra de diverses circonstances, notamment la mesure dans laquelle le projet de tarif suscite des oppositions ainsi que la procédure suivie par la Commission pour traiter ces oppositions.

[201] La question de savoir si des tarifs non contraignants répondent à une logique financière pour les sociétés de gestion, bien qu'elle soit importante, au bout du compte ne peut servir à ce que les renvois répétés, dans les versions successives de la Loi, aux systèmes d'octroi de licences et à leur administration soient interprétés en faveur des sociétés de gestion.

[202] Tout ceci met en évidence le fait que le régime conjuguant société de gestion et tarif est un moyen de régir les systèmes d'octroi de licences qui, par définition, sont consensuels. Malgré les modifications apportées au libellé de la Loi entre 1936 et 2012, les renvois répétés aux systèmes d'octroi de licences et le maintien des éléments clés de la Loi de 1936 ne laissent guère de doute quant au fait que les tarifs ne sont pas obligatoires, c'est-à-dire que les sociétés de gestion n'ont pas le droit de faire appliquer les modalités de leur tarif homologué à des personnes qui ne sont pas titulaires de licence.

[203] Il convient également de noter que je n'ai pas perdu de vue le fait que la gestion collective a pour but

intended to assist rights holders in enforcing their rights, particularly in the Internet age. The assumption underlying Access Copyright’s argument on this issue is that effective enforcement requires mandatory tariffs. With respect, this is not self-evident. The advantage of collective societies is that they allow rights holders to pool their resources to enable them to economically enforce their rights. This advantage exists even in the absence of mandatory tariffs. Furthermore, to the extent that the Internet creates many opportunities for infringement, the enforcement of mandatory tariffs against many individual infringers is no different than prosecuting infringement actions against many individual infringers. The statutory remedy is collective enforcement, not the substitution of one prohibited act for another.

D. *Conclusion*

[204] As a result, I conclude that a final tariff would not be enforceable against York because tariffs do not bind non-licensees. If a final tariff would not be binding, the conclusion can hardly be different for an interim tariff.

[205] Acts of infringement do not turn infringers into licensees so as to make them liable for the payment of royalties. Infringers are subject to an action for infringement and liability for damages but only at the instance of the copyright owner, its assignee or exclusive licensee. In the course of the hearing before this Court, Access Copyright candidly admitted that, given its agreement with its members, it cannot sue York for infringement in the event that some or all of the copies made by York are infringing copies. However, Access Copyright claims the right to enforce the tariff against non-licensee infringers; yet if the tariff is not mandatory then there can be no right to enforce it.

[206] As a result, the validity of York’s Guidelines as a defence to Access Copyright’s action does not arise because the tariff is not mandatory and Access

d’aider les titulaires de droits à faire respecter leurs droits, en particulier à l’ère d’Internet. L’hypothèse qui sous-tend l’argument d’Access Copyright sur cette question est que, pour être efficace, le tarif doit être obligatoire. À mon sens, cela ne va pas de soi. L’avantage des sociétés de gestion est qu’elles permettent aux titulaires de droits de mettre en commun leurs ressources pour faire valoir leurs droits à moindre coût. Cet avantage existe même s’il n’y a pas de tarifs obligatoires. En outre, pour ce qui est des nombreuses possibilités de violation créées par Internet, il n’y pas de différence entre faire appliquer des tarifs obligatoires à l’égard de nombreux contrefacteurs individuels et tenter des actions en violation contre de nombreux contrefacteurs individuels. La mesure prévue par la Loi est la défense collective de droits, et non le remplacement d’un acte interdit par un autre.

D. *Conclusion*

[204] Par conséquent, je conclus qu’un tarif définitif ne serait pas opposable à l’Université, parce que les tarifs ne lient pas les personnes qui ne sont pas titulaires de licence. Si les tarifs définitifs ne sont pas contraignants, la conclusion ne peut guère être différente pour un tarif provisoire.

[205] Les violations de droit d’auteur ne transforment pas les contrevenants en titulaires de licence tenus de payer des redevances. Les personnes commettant une violation peuvent faire l’objet d’une action en violation et être tenues de payer des dommages-intérêts, mais uniquement sur demande du titulaire du droit d’auteur, de son cessionnaire ou du titulaire d’une licence exclusive. Lors de l’audience devant notre Cour, Access Copyright a admis avec franchise que, compte tenu de ses ententes avec ses membres, elle ne peut pas poursuivre l’Université pour violation du droit d’auteur si tout ou partie des copies réalisées par l’Université sont des copies contrefaites. Cependant, Access Copyright revendique le droit de faire appliquer le tarif à l’égard des contrefacteurs qui ne sont pas titulaires de licence; or, si le tarif n’est pas obligatoire, il ne peut y avoir de droit de le faire appliquer.

[206] Par conséquent, la question de la validité des Lignes directrices de l’Université comme moyen de défense contre l’action d’Access Copyright ne se pose

Copyright cannot maintain a copyright infringement action. Therefore, I would allow York's appeal from the judgment of the Federal Court with costs, set aside the Federal Court's judgment, and dismiss Access Copyright's action with costs.

VIII. York's Counterclaim

[207] York responded to Access Copyright's action for enforcement of its interim tariff by issuing a counterclaim seeking a declaration that copies made in compliance with its Guidelines came within section 29 of the Act as fair dealing. In other words, such copies are not an infringement of the rights holders' copyright.

[208] The Federal Court dismissed York's counterclaim on the basis that the Guidelines were not fair so that copies made in compliance with the Guidelines would not necessarily constitute fair dealing.

[209] York challenges this finding and Access Copyright seeks to uphold it. Various interveners took positions on either side of the question. In the end, the issue calls for the application of the fairness factors set out in *CCH* to the Guidelines. In the discussion which follows, I will summarize the Federal Court's position on each of the factors identified in *CCH*, followed by the parties' submissions on the Federal Court's conclusion. I will then review the law set out in *CCH*, and as applied in the *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN*), and *Alberta (Education)* (collectively, the Trilogy). This will be followed by an assessment of the Federal Court's position.

A. *Fair dealing*

[210] In *CCH*, the Supreme Court adopted the factors identified by Linden J.A. in this Court's decision: see

pas étant donné que le tarif n'est pas obligatoire et qu'Access Copyright ne peut pas tenter d'action en violation du droit d'auteur. Par conséquent, j'accueillerais l'appel interjeté par l'Université contre le jugement de la Cour fédérale avec dépens, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et je rejetterais l'action d'Access Copyright avec dépens.

VIII. La demande reconventionnelle de l'Université

[207] En réaction à l'action intentée par Access Copyright pour faire appliquer son tarif provisoire, l'Université a déposé une demande reconventionnelle afin d'obtenir une déclaration selon laquelle les copies faites conformément à ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable au sens de l'article 29 de la Loi. Autrement dit, ces copies ne constituent pas une violation du droit d'auteur des titulaires de droits.

[208] La Cour fédérale a rejeté la demande reconventionnelle de l'Université au motif que les Lignes directrices n'étaient pas équitables, de sorte que les copies réalisées conformément aux Lignes directrices ne constituaient pas nécessairement une utilisation équitable.

[209] L'Université conteste cette conclusion et Access Copyright demande sa confirmation. Divers intervenants ont pris position pour et contre cette conclusion. En fin de compte, pour trancher la question en litige, il faut appliquer aux Lignes directrices les facteurs liés au caractère équitable énoncés dans l'arrêt *CCH*. Dans l'analyse qui suit, je résumerai la conclusion de la Cour fédérale quant à chacun des facteurs établis dans l'arrêt *CCH*, ainsi que les observations des parties quant à la conclusion de la Cour fédérale. J'examinerai ensuite le droit tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *CCH* et appliqué dans les arrêts *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN*), et *Alberta (Éducation)* (collectivement, la trilogie), après quoi j'examinerai la conclusion de la Cour fédérale.

A. *L'utilisation équitable*

[210] Dans l'arrêt *CCH*, la Cour suprême a adopté les critères établis par notre Cour, sous la plume du juge

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, at paragraph 150. The Supreme Court identified those factors as “(1) the purpose of the dealing; (2) the character of the dealing; (3) the amount of the dealing; (4) alternatives to the dealing; (5) the nature of the work; and (6) the effect of the dealing on the work”: *CCH*, at paragraph 53.

[211] Subsequently in the *SOCAN* case, the Supreme Court described the process of assessing fair dealing as a two step process (at paragraph 13):

The test for fair dealing articulated in *CCH* involves two steps. The first is to determine whether the dealing is for the purpose of either “research” or “private study”, the two allowable purposes listed under s. 29. The second step assesses whether the dealing is “fair”. The onus is on the person invoking “fair dealing” to satisfy both aspects of the test under *CCH*.

In doing so, the Court identified a threshold question implicit in the *CCH* analysis: whether the alleged fair dealing comes within the “allowable purposes” set out in sections 29 to 29.2. In this case, the allowable purpose is education, as set out in section 29. This was not contentious.

(1) The purpose of the dealing

[212] Once the threshold question has been answered, the analysis focusses on the *CCH* factors, the first of which is “the purpose of the dealing” [at paragraph 33]. The Federal Court considered that the “purpose” at this stage of the analysis examined the purpose from the user’s point of view. The Court found that there were two users, the university “which is assembling material, copying, and distributing the material as the publisher, and the student who is the end user of the material”: reasons, at paragraph 264.

[213] The Federal Court noted that in *CCH*, the Supreme Court approached the purpose of the dealing from the perspective of the Great Library’s policy “and the safeguards for ensuring that the copying was done for research purposes”: reasons, at paragraph 265. The Court noted that the Supreme Court had also addressed safeguards

Linden : voir l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, au paragraphe 150. La Cour suprême a repris ces critères dans ces mots : « (1) le but de l’utilisation; (2) la nature de l’utilisation; (3) l’ampleur de l’utilisation; (4) les solutions de rechange à l’utilisation; (5) la nature de l’œuvre; (6) l’effet de l’utilisation sur l’œuvre » (*CCH*, au paragraphe 53).

[211] Par la suite, dans l’arrêt *SOCAN*, la Cour suprême a établi que le processus servant à évaluer si l’utilisation est équitable comprenait deux volets (au paragraphe 13) :

Le critère établi dans *CCH* relativement à l’utilisation équitable comporte deux volets. Premièrement, l’utilisation a-t-elle pour but l’« étude privée » ou la « recherche », les deux fins permises à l’art. 29? Deuxièmement, l’utilisation est-elle « équitable »? Il incombe à la personne qui invoque l’« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets.

Ce faisant, la Cour a dégagé une question préliminaire implicite dans l’analyse effectuée dans l’arrêt *CCH* : l’utilisation équitable alléguée relève-t-elle des « fins permises » énoncées aux articles 29 à 29.2? En l’espèce, la fin permise est l’éducation, figurant à l’article 29. Ce fait n’est pas contesté.

1) Le but de l’utilisation

[212] Une fois la question préliminaire tranchée, l’analyse porte sur les facteurs établis dans l’arrêt *CCH*, dont le premier est le « but de l’utilisation » [au paragraphe 33]. La Cour fédérale a estimé que le « but » à ce stade de l’analyse était le but du point de vue de l’utilisateur. La Cour a conclu qu’il y avait deux utilisateurs, l’université « qui assemble du matériel et qui reproduit et distribue le matériel à titre d’éditeur, et l’étudiant qui est l’utilisateur final du matériel » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 264.

[213] La Cour fédérale a noté que, dans l’arrêt *CCH*, la Cour suprême avait examiné la question du but de l’utilisation en se plaçant du point de vue de la politique de la Grande bibliothèque « et des garanties pour assurer que la reproduction [avait été] faite à des fins de recherche » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 265. La Cour

in *SOCAN*. The Federal Court contrasted the emphasis on safeguards in the Trilogy with York's situation. The Court found [at paragraph 266] that safeguards were virtually non-existent in York's system where no one took any steps ("played any role") to ensure compliance with the Guidelines. The Court found that the absence of safeguards tended towards unfairness.

[214] The Court held [at paragraph 268] that the question in the examination of the purpose or "goal of the dealing" (using the phrase preferred by the Copyright Board) was the fairness of allowing students to access course required materials for education and concluded that taken in isolation, this factor tended toward fairness. The Court then turned to York's motivation and held that it drafted the Guidelines and operated under them "primarily to obtain for free that which [York] had previously paid for": reasons, at paragraph 272. The Court then asked: "One may legitimately ask how such 'works for free' could be fair if fairness encompasses more than one person's unilateral benefit": reasons, at paragraph 272.

[215] In the end, the Federal Court concluded that the dealing had two purposes or "goals". Education of students was a principal goal but York's goal was also "to keep enrolment up by keeping student costs down and to use whatever savings there may be in other parts of the university's operation": reasons, at paragraph 273.

[216] York identified three errors in the Federal Court's decision on this issue. First, it argued that the Court erred in finding that there were two users: York, its faculty and staff on one hand and the students on the other. Relying on the symbiosis between teachers and students identified in *Alberta (Education)*, York argues that there is only one user, the student. Second, York challenges

fédérale a pris note que la Cour suprême avait également examiné la question des garanties dans l'arrêt *SOCAN*. La Cour fédérale a comparé l'importance donnée aux garanties dans la trilogie à la situation de l'Université. Elle a estimé [au paragraphe 266] que les garanties étaient quasiment inexistantes dans le système de l'Université où personne n'a pris de mesures (« n'a joué un rôle ») pour garantir le respect des Lignes directrices. La Cour a conclu que l'absence de garanties tendait vers une situation d'iniquité.

[214] La Cour a conclu [au paragraphe 268] que la question, dans l'examen du « but de l'utilisation » (que la Commission du droit d'auteur appelle en anglais « *goal of the dealing* » plutôt que « *purpose of the dealing* »), était de savoir s'il était équitable de permettre aux étudiants d'avoir accès aux documents dont ils ont besoin pour leur éducation. Elle a ajouté que, pris isolément, ce facteur tendait vers le caractère équitable. Elle s'est ensuite penchée sur les motivations de l'Université et a conclu que l'Université avait créé les Lignes directrices et exercé ses activités conformément à celles-ci « principalement pour obtenir gratuitement ce qu'elle payait précédemment » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 272. La Cour a ensuite déclaré qu'« [o]n peut légitimement se demander comment ces "œuvres gratuites" pourraient être équitables si le caractère équitable englobe l'avantage unilatéral de plus d'une personne » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 272.

[215] En fin de compte, la Cour fédérale a conclu que l'utilisation avait deux buts. L'éducation des étudiants était un but principal, mais le but de l'Université consistait également à « continuer à augmenter le nombre d'inscriptions en réduisant les coûts pour les étudiants, grâce aux économies réalisées lors d'autres activités de l'université » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 273.

[216] L'Université a relevé trois erreurs dans la décision de la Cour fédérale sur cette question. Premièrement, elle a soutenu que la Cour avait commis une erreur en concluant qu'il y avait deux utilisateurs : l'Université, ses professeurs et son personnel d'une part, et les étudiants d'autre part. S'appuyant sur l'utilisation en symbiose par les enseignants et les élèves à laquelle il a été conclu

the Court’s comments with respect to its motivation. It says that, as in *Alberta (Education)*, there is no separate purpose between York and the students and no ulterior motive on its part. According to York, the proper approach is to examine the question of purpose from the point of view of the user, the student.

[217] Thirdly, York says that the Federal Court erred in its consideration of safeguards, as discussed in *CCH* and *SOCAN*. It points out that in these cases neither the Great Library nor the online music services themselves had a research or private study purpose so that safeguards were necessary to ensure that copies made were for research or private study purposes. York’s position is that because “the purpose of the copier (York) and the user (the student) are aligned in this case (education), the trial judge did not need to consider reasonable safeguards to ensure that the copying was done for an allowable fair dealing purpose”: York’s memorandum of fact and law, at paragraph 49. York attributed this error, once again, to the Court’s use of the wrong perspective, i.e. York’s rather than the student’s.

[218] Access Copyright argues in support of the Federal Court’s decision. It points out that the Supreme Court’s decision in *Alberta (Education)* allowed the Court to examine York’s purpose in drafting and implementing the Guidelines. Access Copyright says that the Federal Court’s conclusions as to York’s motivation was grounded in the evidence before it.

[219] The debate on the perspective to be adopted in dealing with the *CCH* factors requires us to examine the Supreme Court’s reasoning in the Trilogy. The question was framed as follows at paragraph 63 of *CCH*: “[I]s it incumbent on the Law Society to adduce evidence that

dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*, l’Université affirme qu’il y a un seul utilisateur : l’étudiant. Deuxièmement, l’Université conteste les observations de la Cour au sujet de sa motivation. Elle affirme que, tout comme dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*, l’Université et les étudiants ne poursuivent pas des fins distinctes et que l’Université n’a pas de motif inavoué. Selon l’Université, il convient d’examiner la question du but du point de vue de l’utilisateur, à savoir l’étudiant.

[217] Troisièmement, l’Université affirme que la Cour fédérale a commis une erreur dans son examen des garanties, examen qui fait l’objet des arrêts *CCH* et *SOCAN*. Elle souligne que, dans ces affaires, ni la Grande bibliothèque ni les services de musique en ligne eux-mêmes n’avaient pour but la recherche ou l’étude privée de manière à ce que des garanties aient été nécessaires pour assurer que les copies étaient effectuées à des fins de recherche ou d’étude privée. L’Université soutient que, puisque [TRADUCTION] « l’objectif de l’auteur des copies (l’Université) et celui de l’utilisateur (l’étudiant) se confondent en l’espèce (l’éducation), le juge de première instance n’avait pas besoin d’examiner les garanties raisonnables assurant que la reproduction était faite à des fins permises au titre de l’utilisation équitable » : mémoire des faits et du droit de l’Université, au paragraphe 49. Une fois de plus, l’Université a attribué cette erreur au fait que la Cour avait envisagé la question sous le mauvais angle, c’est-à-dire du point de vue de l’Université plutôt que de celui de l’étudiant.

[218] Access Copyright est en faveur de la décision de la Cour fédérale. Elle souligne que l’arrêt *Alberta (Éducation)* rendu par la Cour suprême permettait à la Cour fédérale d’évaluer le but que visait l’Université par la rédaction et la mise en œuvre des Lignes directrices. Access Copyright affirme que les conclusions de la Cour fédérale quant à la motivation de l’Université sont fondées au regard des éléments de preuve dont elle disposait.

[219] Le débat quant au point de vue à adopter pour examiner les facteurs établis dans l’arrêt *CCH* nous oblige à examiner le raisonnement suivi par la Cour suprême dans la trilogie. La question a été formulée de la façon suivante au paragraphe 63 de l’arrêt *CCH* :

every patron uses the material provided for in a fair dealing manner or can the Law Society rely on its general practice to establish fair dealing?” The Court answered its question in the following way:

.... I conclude that the latter suffices. ... “Dealing” connotes not individual acts, but a practice or system. ... Persons or institutions relying on the s. 29 fair dealing exception need only prove that their own dealings with copyrighted works were for the purpose of research or private study and were fair. They may do this either by showing that their own practices and policies were research-based and fair, or by showing that all individual dealings with the materials were in fact research-based and fair.

(*CCH*, at paragraph 63.)

[220] The significance of this passage is that institutions who permit or undertake copying under the banner of fair dealing need not demonstrate fair dealing by each of their patrons. They can satisfy the burden of establishing fair dealing by showing that the institution’s dealings were fair. The Court’s analysis of the fairness factors in the Great Library’s case was undertaken from the point of view of the Great Library, as the following brief excerpts show:

- Purpose of the dealing: “The Access Policy and its safeguards weigh in favour of finding that the dealings were fair.... This policy provides reasonable safeguards that the materials are being used for the purpose of research and private study” (paragraph 66).
- Character of the dealing: “The character of the Law Society’s dealings with the publishers’ works also supports a finding of fairness” (paragraph 67).
- Amount of the dealing: “The Access Policy indicates that the Great Library will exercise its discretion to ensure that the amount of the dealing with copyrighted works will be reasonable....

« [L]e Barreau est-il tenu de prouver que chacun des usagers utilise de manière équitable les ouvrages mis à sa disposition, ou peut-il s’appuyer sur sa pratique générale pour établir le caractère équitable de l’utilisation? » La Cour y a répondu ainsi :

[...] Je conclus que ce dernier élément suffit [...] « Utilisation » ne renvoie pas à un acte individuel, mais bien à une pratique ou à un système [...] La personne ou l’établissement qui invoque l’exception prévue à l’art. 29 doit seulement prouver qu’il a utilisé l’œuvre protégée aux fins de recherche ou d’étude privée et que cette utilisation était équitable. Il peut le faire en établissant soit que ses propres pratiques et politiques étaient axées sur la recherche et équitables, soit que toutes les utilisations individuelles des ouvrages étaient de fait axées sur la recherche et équitables.

(*CCH*, au paragraphe 63.)

[220] Ce qu’il faut retenir de ce passage est que les établissements qui autorisent ou effectuent la reproduction en invoquant l’utilisation équitable n’ont pas à prouver l’utilisation équitable par chacun de leurs usagers. Ils peuvent s’acquitter du fardeau d’établir l’utilisation équitable en montrant que l’utilisation par l’établissement était équitable. Lorsqu’elle a examiné les facteurs liés au caractère équitable à l’égard de la Grande bibliothèque, la Cour s’est placée du point de vue de la Grande bibliothèque, comme le montrent les brefs extraits suivants :

- But de l’utilisation : « La Politique d’accès et ses garanties incitent à conclure que l’utilisation était équitable [...] Cette politique garantit raisonnablement que les ouvrages seront utilisés aux fins de recherche et d’étude privée » (paragraphe 66).
- Nature de l’utilisation : « La nature de l’utilisation des ouvrages des éditeurs par le Barreau permet également de conclure à son caractère équitable » (paragraphe 67).
- Ampleur de l’utilisation : « La Politique d’accès précise que la Grande bibliothèque veille à ce que l’ampleur de l’utilisation des œuvres protégées par le droit d’auteur demeure raisonnable [...] une

the Reference Librarian will review requests for a copy of more than five percent of a secondary source and that, ultimately, such requests may be refused. This suggests that the Law Society’s dealings with the publishers’ works are fair” (paragraph 68).

- Alternative to the dealing: “It is not apparent that there are alternatives to the custom photocopy service employed by the Great Library” (paragraph 69).
- Nature of the work: “I agree with the Court of Appeal that the nature of the works in question — judicial decisions and other works essential to legal research — suggests that the Law Society’s dealings were fair” (paragraph 71).

[221] The last factor, effect of the dealing upon the work, was also mentioned but it was dealt with on the basis of the absence of evidence, the Court noting that the publishers, who had access to the evidence, would have tendered it had it been in their interest to do so.

[222] It is clear from this brief review that in *CCH*, the Court reviewed the question of fair dealing from the perspective of the Great Library (I will use Law Society and Great Library interchangeably in these reasons), given the latter’s reliance on its Policy. In *SOCAN*, the question of the proper perspective arose in the context of the provision of a “preview” feature by online music service providers which allowed users to listen to brief excerpts of musical works prior to purchasing them. The evidence suggested that users listened to ten previews for every work they purchased. SOCAN sought compensation for those previews.

[223] *SOCAN* was not a guideline case as such but, like *CCH*, the use of copyrighted material took place within a defined structure established by someone other than the user. Unlike *CCH*, those accessing the previews were doing so on their own behalf. In *CCH*, the copier was the Great Library on behalf of its patrons. As a result, there

demande portant sur plus de cinq pour cent d’une source secondaire sera soumise à l’approbation d’un bibliothécaire de référence qui, en fin de compte, pourra la refuser. Cela porte à croire que l’utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau est équitable » (paragraphe 68).

- Solutions de rechange à l’utilisation : « Il ne semble pas y avoir de solutions de rechange au service de photocopie offert par la Grande bibliothèque » (paragraphe 69).
- Nature de l’œuvre : « Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la nature des œuvres en cause — les décisions judiciaires et d’autres œuvres essentielles à la recherche juridique — porte à croire que leur utilisation par le Barreau était équitable » (paragraphe 71).

[221] Le dernier facteur, c’est-à-dire l’effet de l’utilisation sur l’œuvre, a également été mentionné, mais il a été examiné sur la base de l’absence d’éléments de preuve, la Cour faisant observer que les éditeurs, qui avaient accès aux éléments de preuve, les auraient présentés s’il avait été dans leur intérêt de le faire.

[222] Cette brève récapitulation montre clairement que, dans l’arrêt *CCH*, la Cour a examiné la question de l’utilisation équitable du point de vue de la Grande bibliothèque (j’utiliserai indifféremment « Barreau » et « Grande bibliothèque » dans les présents motifs), étant donné que cette dernière se fondait sur sa politique. Dans l’arrêt *SOCAN*, la question de la perspective appropriée s’est posée dans le contexte de l’offre, par des services de musique en ligne, d’une fonction d’« écoute préalable » permettant aux utilisateurs d’écouter de brefs extraits d’œuvres musicales avant de les acheter. D’après les éléments de preuve, les utilisateurs écoutaient dix extraits pour chaque œuvre achetée. La SOCAN demandait qu’une somme soit exigible pour l’écoute de ces extraits.

[223] L’arrêt *SOCAN* ne porte pas sur des lignes directrices en tant que telles, mais, comme dans l’arrêt *CCH*, l’utilisation d’œuvres protégées par le droit d’auteur se fait dans le cadre d’une structure définie établie par une personne autre que l’utilisateur. Contrairement à ce qui s’est produit dans l’affaire *CCH*, les personnes

was a more direct connection between the user and the protected work in *SOCAN* than there was in *CCH*.

[224] It is not surprising therefore that the Supreme Court concluded that the relevant perspective was that of the viewers of the previews. Thus, the purpose of the dealing, the first fairness factor, was that of the viewers which was to research and identify the music for online purchase.

[225] In the course of coming to this conclusion, the Supreme Court relied on *CCH* and commented that “[t]he Court did not focus its inquiry on the library’s perspective, but on that of the ultimate user, the lawyers, whose purpose was legal research”: *SOCAN*, at paragraph 29. With respect, this is inconsistent with the position taken by the Court in *CCH* on the question that it asked itself at paragraph 63—“can the law society rely on its general practice to establish fair dealing?”—which the Court answered in the affirmative. The rest of the Court’s analysis focussed on the General Library’s policy and practice.

[226] The relevant passage from *CCH* that the Court relied upon in *SOCAN* reads as follows:

The Law Society’s custom photocopying service is provided for the purpose of research, review and private study. The Law Society’s Access Policy states that “[s]ingle copies of library materials, required for the purposes of research, review, private study and criticism ... may be provided to users of the Great Library.” When the Great Library staff make copies of the requested cases, statutes, excerpts from legal texts and legal commentary, they do so for the purpose of research. Although the retrieval and photocopying of legal works are not research in and of themselves, they are necessary conditions of research and thus part of the research process. The reproduction of legal works is for the purpose of research in that it is an essential element of the legal research process. There is no other purpose for the copying; the Law Society does not

qui accédaient aux extraits le faisaient pour leur propre compte. Dans l’affaire *CCH*, l’auteur des copies était la Grande Bibliothèque, qui agissait au nom de ses usagers. Il y avait donc un lien plus direct entre l’utilisateur et l’œuvre protégée dans l’affaire *SOCAN* que dans l’affaire *CCH*.

[224] Ainsi, il n’est pas étonnant que la Cour suprême ait conclu que le point de vue à adopter était celui des personnes qui écoutaient les extraits. Le but de l’utilisation, le premier facteur lié au caractère équitable, était donc celui des utilisateurs et consistait à chercher et à trouver de la musique à acheter en ligne.

[225] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême s’est fondée sur l’arrêt *CCH* et a affirmé que « [l]a Cour analyse la situation du point de vue non pas de la bibliothèque mais de l’utilisateur, l’avocat, dont la fin poursuivie est la recherche juridique » : arrêt *SOCAN*, au paragraphe 29. En toute déférence, cette affirmation est incompatible avec la position adoptée par la Cour suprême dans l’arrêt *CCH* quant à la question qu’elle s’est posée au paragraphe 63 — « le Barreau [...] peut-il s’appuyer sur sa pratique générale pour établir le caractère équitable de l’utilisation? » — et à laquelle elle a répondu par l’affirmative. Dans le reste de son analyse, la Cour suprême s’est concentrée sur la politique et les pratiques de la Grande bibliothèque.

[226] Le passage pertinent de l’arrêt *CCH* sur lequel la Cour suprême s’est fondée dans l’arrêt *SOCAN* est le suivant :

Le service de photocopie du Barreau est offert aux fins de recherche, de compte rendu et d’étude privée. La Politique d’accès du Barreau dispose que « [l]es usagers de la Grande bibliothèque peuvent obtenir une seule copie des documents faisant partie de sa collection à des fins de compte rendu, d’étude privée, de recherche ou de critique ou aux fins d’une instance judiciaire ou d’une audience devant un organisme gouvernemental. » C’est aux fins de recherche que les membres du personnel de la Grande bibliothèque photocopient sur demande décisions, lois, extraits de textes juridiques ou articles de doctrine. Même si la recherche documentaire et la photocopie d’ouvrages juridiques ne constituent pas de la recherche comme telle, elles sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie. La reproduction d’ouvrages juridiques

profit from this service. Put simply, its custom photocopy service helps to ensure that legal professionals in Ontario can access the materials necessary to conduct the research required to carry on the practice of law. In sum, the Law Society’s custom photocopy service is an integral part of the legal research process, an allowable purpose under s. 29 of the *Copyright Act*. [My emphasis.]

(*CCH*, at paragraph 64.)

[227] The only reference to users in this paragraph is found in the Court’s recognition that the custom photocopy service helps to ensure that legal professionals in Ontario can access the material necessary to carry on their practice. Any institutional fair dealing policy must necessarily have end users in mind since institutions *per se* do not conduct research or private study. The Court’s analysis of the Great Library’s policy was predicated on the proposition that, as the copier, the Great Library could rely on its policy to bring itself within fair dealing. With respect, I am of the view that the Court’s characterization of this element of the analysis in *CCH* was *per incuriam*.

[228] The question of the proper perspective arose again in *Alberta (Education)* which dealt with copying in elementary and secondary schools. The decision dealt with copies that the Copyright Board described as Category 4 copies, that is, copies made by teachers on their own initiative and distributed to students with the direction that they read the copied material. The other copies in issue before the Board were copies made at a student’s request. The Board reasoned that because there was no student requests for Category 4 copies, they were therefore not for the purpose of private study or research. This Court agreed with the Board, finding that the real purpose behind the copies was instruction, not private study.

est effectuée aux fins de recherche en ce qu’il s’agit d’un élément essentiel du processus de recherche juridique. La photocopie n’a aucune autre fin; le Barreau ne tire aucun bénéfice de ce service. Le service de photocopie du Barreau contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l’Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l’exercice du droit. En somme, ce service fait partie intégrante du processus de recherche juridique, et la fin qui le sous-tend est conforme à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*. [Non souligné dans l’original.]

(*CCH*, au paragraphe 64.)

[227] Dans ce paragraphe, il n’est question des usagers que lorsque la Cour suprême reconnaît que le service de photocopie contribue à ce que les juristes de l’Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à l’exercice du droit. La politique en matière d’utilisation équitable dont se dote une institution doit nécessairement tenir compte des utilisateurs finaux puisque les institutions en tant que telles n’effectuent pas de recherche ni d’étude privée. L’analyse de la politique de la Grande bibliothèque faite par la Cour était fondée sur la prémisse selon laquelle, en tant qu’auteur des copies, la Grande bibliothèque pouvait s’appuyer sur sa politique pour se conformer aux règles de l’utilisation équitable. Avec tout le respect que je dois à la Cour suprême, à mon avis, sa conclusion quant à cet élément de l’analyse dans l’arrêt *CCH* a été tirée *per incuriam*.

[228] La question de la perspective appropriée s’est à nouveau posée dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*, qui portait sur la production de copies dans les écoles élémentaires et secondaires. Le jugement portait sur des copies que la Commission du droit d’auteur présentait comme étant des copies de la catégorie 4, c’est-à-dire des copies que l’enseignant fait de son propre chef et qu’il donne à lire aux élèves. Les autres copies en cause devant la Commission étaient celles faites à la demande d’un élève. La Commission a estimé que, puisqu’aucune copie de catégorie 4 n’avait été réalisée à la demande d’un élève, les copies n’étaient donc pas réalisées dans un but de recherche ou d’étude privée. Notre Cour a donné raison à la Commission, car elle a conclu que le véritable objectif des copies était l’enseignement et non l’étude privée.

[229] The Supreme Court disagreed. It first examined certain cases from the United Kingdom and New Zealand and found that, to the extent that they involved commercial “course pack” preparers, those cases were not relevant because the course preparers appropriated the ultimate users’ purpose as their own so as to escape liability for infringement. The Supreme Court summarized its position as follows:

These cases, then, to the extent that they are germane, do not stand for the proposition that “research” and “private study” are inconsistent with instructional purposes, but for the principle that copiers cannot camouflage their own distinct purpose by purporting to conflate it with the research or study purposes of the ultimate user.

(*Alberta (Education)*, at paragraph 21.)

[230] The Court followed this observation by commenting that even though fair dealing was a user’s right, and that the appropriate perspective was therefore that of the user, a copier’s purpose may still be relevant at the fairness stage. Thus, a finding that a copier is hiding behind the ultimate user’s purpose in order to dissemble their own separate purpose is relevant to the fairness analysis.

[231] The Court rejected the Board’s contention that teachers and students had different perspectives, holding that teachers and students shared a symbiotic relationship. In the Court’s view, “Instruction and research/private study are, in the school context, tautological”: *Alberta (Education)*, at paragraph 23. The Court also rejected the suggestion that the absence of student request for a copy was a ground of distinction with the decision in *CCH*. It noted that nowhere in *CCH* did the Court say that lawyers had to request copies before the Great Library’s copying could be said to be for research. In support of that proposition, the Court quoted a portion of paragraph 64 of *CCH*, which I have reproduced at paragraph 226 of these reasons. The suggestion that the Great Library’s copying is itself part of the research process suggests, as I have pointed out, that the focus of the analysis in *CCH* was on the Great Library’s perspective.

[229] La Cour suprême n’a pas souscrit à cette conclusion. Elle a d’abord examiné certains jugements rendus au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande et a conclu que, étant donné qu’ils concernaient des préparateurs commerciaux de « cahiers de cours », ils n’étaient pas pertinents, car les préparateurs de cours s’étaient approprié l’objectif des utilisateurs finaux pour échapper à leur responsabilité à l’égard de violations du droit d’auteur. La Cour suprême a résumé sa position ainsi :

Donc, dans la mesure où elles sont pertinentes, ces affaires permettent d’affirmer non pas que la « recherche » et l’« étude privée » sont incompatibles avec l’enseignement, mais plutôt que l’auteur des copies ne peut dissimuler la fin distincte qu’il poursuit en l’amalgamant avec la recherche ou l’étude à laquelle s’adonne l’utilisateur final.

(*Alberta (Éducation)*, au paragraphe 21.)

[230] La Cour a ensuite déclaré que, même si l’utilisation équitable est un droit des utilisateurs et que par conséquent le point de vue à adopter est celui de ces derniers, le but de l’auteur des copies peut tout de même être pertinent lors de l’examen du caractère équitable. Ainsi, la conclusion voulant que l’auteur des copies se cache derrière le paravent de la fin permise pour l’utilisateur afin de camoufler la fin distincte qu’il poursuit est pertinente quand il s’agit d’analyser le caractère équitable.

[231] La Cour a rejeté l’observation de la Commission selon laquelle les enseignants et les élèves avaient des points de vue différents, estimant que les enseignants et les élèves poursuivaient en symbiose une même fin. Selon la Cour suprême, « [d]ans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques » : *Alberta (Éducation)*, au paragraphe 23. La Cour suprême a également rejeté l’idée que, du fait que les élèves n’avaient pas demandé de copies, on pouvait établir une distinction avec l’affaire *CCH*. Elle a fait observer que, dans l’arrêt *CCH*, la Cour n’a jamais affirmé que les avocats devaient demander les photocopies pour que l’on pût considérer que la Grande bibliothèque avait reproduit les documents aux fins de recherche. À l’appui de cette thèse, elle a cité une partie du paragraphe 64 de l’arrêt *CCH*, que j’ai reproduit au paragraphe 226 des présents motifs. L’idée que la reproduction effectuée par

[232] Unlike *CCH, Alberta (Education)* is not a guideline case. The copies in that case were not made pursuant to any policy or guidelines: see paragraphs 84–85 of the Copyright Board’s reasons (*Reprographic Reproduction 2005-2009, Re*, 2009 CarswellNat 1930 (WLNext Can.) (Copyright Board) (26 June 2009), online: <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/366667/1/document.do> [Board reasons]). When one compares *CCH*, *SOCAN* and *Alberta (Education)*, one sees that while all purport to follow *CCH*, in fact, the other two have adapted *CCH* to their own facts. As noted earlier, *CCH* is a case in which an institution defended its copying practices by reference to its guidelines. The Supreme Court agreed that it could do so. The result is that in *CCH*, the perspective is the institutional perspective. *SOCAN* was a case in which, much like *CCH*, the conditions of use of copyrighted materials were set by someone other than the user. In *SOCAN*’s case, this was done by the online music service providers’ technology but the viewing was initiated by users, at a time and place of their choice. As a result, the relevant perspective was the user’s. The difference between *CCH* and *SOCAN* is in the identity of the person or entity engaging in the unauthorized behaviour. In *CCH* it was the institution, in *SOCAN*, it was the individual viewer.

[233] *Alberta (Education)* was unlike either of the other two cases because there was no policy or other constraint on a teacher’s copying. The absence of a practice or system suggests that the copying was *ad hoc* and not systematic. The Supreme Court found that the teacher, as the copier, and student, as the user, shared a common

the Grande bibliothèque fasse partie en soi du processus de recherche montre, comme je l’ai souligné, que l’analyse effectuée dans l’arrêt *CCH* était axée sur le point de vue de la Grande bibliothèque.

[232] Contrairement à l’arrêt *CCH*, l’arrêt *Alberta (Éducation)* ne porte pas sur des lignes directrices. Dans cette deuxième affaire, les copies n’ont pas été faites conformément à une politique ou à des directives : voir les paragraphes 84 et 85 des motifs de la Commission du droit d’auteur (*Reproduction par reprographie 2005-2009, Re*, 2009 CarswellNat 1931 (WLNext Can.) (Commission du droit d’auteur) (26 juin 2009), en ligne : <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/366667/1/document.do>> [motifs de la Commission]). Si l’on compare les arrêts *CCH*, *SOCAN* et *Alberta (Éducation)*, on constate que les arrêts *SOCAN* et *Alberta (Éducation)*, bien qu’ils soient censés suivre l’arrêt *CCH*, ont en fait adapté ce dernier aux faits qui leur étaient propres. Comme je l’ai déjà souligné, l’arrêt *CCH* porte sur une affaire dans laquelle une institution a défendu ses pratiques de reproduction en se fondant sur ses lignes directrices. La Cour suprême a reconnu qu’il était possible de le faire. Il en résulte que, dans l’arrêt *CCH*, on se place du point de vue de l’institution. Dans l’affaire *SOCAN*, largement comme dans l’affaire *CCH*, les conditions d’utilisation des documents protégés par le droit d’auteur étaient fixées par quelqu’un d’autre que l’utilisateur. Dans l’affaire *SOCAN*, les conditions étaient fixées par la technologie des services de musique en ligne, mais l’écoute préalable était lancée par les utilisateurs, au moment et à l’endroit de leur choix. Par conséquent, la perspective pertinente était celle de l’utilisateur. La différence entre les arrêts *CCH* et *SOCAN* réside dans l’identité de la personne ou de l’organisation qui se livre au comportement non autorisé. Dans l’arrêt *CCH*, c’était l’institution, alors que dans l’arrêt *SOCAN*, il s’agissait de la personne qui, individuellement, effectuait une écoute préalable.

[233] L’arrêt *Alberta (Éducation)* était différent des deux autres, car il n’existait aucune politique ni autre contrainte encadrant les reproductions effectuées par les enseignants. L’absence de pratique ou de système indique que la reproduction était ponctuelle et non systématique. La Cour suprême a estimé que l’enseignant,

purpose. In the result, the relevant perspective was that of the user, the student, even if the student was the passive recipient of the copied works. This can easily be justified in the case of small amounts of *ad hoc* copying from materials already in a school's library. Whether the same identity of interests exists in a case of systematic copying on a scale like York's remains to be seen. This last fact distinguishes *Alberta (Education)* from the other cases in the Trilogy.

[234] Turning to the application of the law to the facts, York's arguments with respect to purpose involve three basic themes, the Federal Court's use of the wrong perspective, the identity of interest between York, its faculty and staff and its students and the irrelevance of the Federal Court's discussion of safeguards.

[235] The first and last of those propositions are both based upon York's misapprehension of the burden it had to meet. York, like the Great Library, was engaged in copying which it sought to justify by reference to its Guidelines. At paragraph 16 of its amended statement of defence, York pleads its adoption of fair dealing guidelines consistent with those adopted by the Association of Universities and Colleges of Canada. At paragraph 25 of its counterclaim, York seeks a declaration that:

(iii) any reproductions made that fall within the guidelines set out in York's "Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)" dated November 13, 2012...constitute fair dealing pursuant to sections 29, 29.1, 29.2 of the Copyright Act; and

(iv) in the alternative to subparagraph (iii) above, that with respect to works within the repertoire of Access Copyright, any reproductions made that fall within the guideline set out in York's "Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)" dated November 13,

en tant qu'auteur des copies, et l'élève, en tant qu'utilisateur, avaient un but commun. Par conséquent, la perspective pertinente était celle de l'utilisateur, c'est-à-dire l'élève, même si celui-ci n'était que le destinataire passif des œuvres copiées. Cette idée est tout à fait défendable dans le cas de reproductions ponctuelles, en petites quantités, de documents se trouvant déjà dans la collection de la bibliothèque d'une école. Il reste à savoir s'il existe une communauté d'intérêts quand il y a reproduction systématique, à l'échelle de celle effectuée par l'Université. Par ce dernier fait, on peut établir une distinction entre l'arrêt *Alberta (Éducation)* et les autres arrêts de la trilogie.

[234] En ce qui concerne l'application du droit aux faits, on retrouve trois thèmes fondamentaux dans les arguments de l'Université concernant le but : la Cour fédérale n'a pas envisagé la question du bon point de vue, il existe une communauté d'intérêts entre l'Université, ses professeurs, son personnel ainsi que ses étudiants, et l'examen des garanties effectué par la Cour fédérale n'était pas pertinent.

[235] Le premier et le dernier de ces arguments sont fondés sur l'erreur d'appréciation, par l'Université, du fardeau dont elle devait s'acquitter. L'Université, comme la Grande Bibliothèque, a effectué des reproductions qu'elle a cherché à justifier en invoquant ses lignes directrices. Au paragraphe 16 de sa défense modifiée, l'Université soutient que les lignes directrices en matière d'utilisation équitable qu'elle a adoptées sont conformes à celles que suit l'Association des universités et collèges du Canada. Au paragraphe 25 de sa demande reconventionnelle, l'Université demande une déclaration selon laquelle :

[TRADUCTION] (iii) les reproductions faites qui relèvent des « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel (13/12/11) » de l'Université datées du 13 novembre 2012 [...] constituent une utilisation équitable en vertu des articles 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*;

(iv) subsidiairement au sous-alinéa (iii) ci-dessus, en ce qui concerne les œuvres du répertoire d'Access Copyright, les reproductions faites qui relèvent des "Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel (13/12/11)" de l'Université datées

2012... constitute fair dealing pursuant to sections 29, 29.1, 29.2 of the Copyright Act....

[236] York’s counterclaim clearly puts its Guidelines at the centre of its position on fair dealing. This is further demonstrated by the fact that, as pointed out by Access Copyright, at paragraph 44 of its memorandum of fact and law, York did not lead any evidence from users, i.e. students, as to their dealings with copied material or why the copying permitted by the Guidelines was fair from the students’ perspective.

[237] In *CCH*, the Supreme Court recognized that a copier-for-others could invoke fair dealing if it could show that all of its users dealt with the copies in a “fair dealing manner”, or it could rely on its “general practice” to establish fair dealing: *CCH*, at paragraph 63. Since York did not attempt to show the fair dealing of its students and given that it put its Guidelines at the centre of its justification, York was bound to justify its Guidelines.

[238] In the case of an institutional claim of fair dealing based on general practice, it is the institution’s perspective that matters. As pointed out at paragraph 220 of these reasons, the Supreme Court’s application of the fairness factors to the Great Library’s copying focussed on the latter’s practices and procedures, and not those of its patrons.

[239] This leads to the subject of the safeguards, the absence of which was the subject of comment by the Federal Court. York’s dismissal of the Court’s concerns as irrelevant underscores the flaw in its analysis of its legal burden. As the copier, it was incumbent on York to ensure that its Guidelines were implemented according to their intent, since the integrity of the Guidelines and York’s practice are at the heart of its claim of fair

du 13 novembre 2012 [...] constituent une utilisation équitable en vertu des articles 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d’auteur* [...]

[236] Dans sa demande reconventionnelle, l’Université place clairement ses Lignes directrices au centre de sa thèse sur l’utilisation équitable. Cette constatation est également étayée par le fait que, comme l’a souligné Access Copyright, au paragraphe 44 de son mémoire des faits et du droit, l’Université n’a présenté aucun élément de preuve concernant ses utilisateurs, c’est-à-dire les étudiants, quant à leur utilisation des œuvres copiées ou aux raisons pour lesquelles les reproductions autorisées par les Lignes directrices étaient équitables du point de vue des étudiants.

[237] Dans l’arrêt *CCH*, la Cour suprême a reconnu qu’une personne effectuant des copies pour d’autres personnes pouvait plaider l’utilisation équitable si elle pouvait montrer que tous ses usagers utilisaient les copies « de manière équitable » ou si elle pouvait s’appuyer sur sa « pratique générale » pour établir le caractère équitable de l’utilisation : arrêt *CCH*, au paragraphe 63. L’Université, n’ayant pas tenté de prouver que ses étudiants avaient fait une utilisation équitable des copies et ayant placé ses Lignes directrices au cœur de ses motifs, était tenue de justifier ses Lignes directrices.

[238] Lorsqu’un établissement revendique l’utilisation équitable en se fondant sur sa pratique générale, c’est le point de vue de cet établissement qui importe. Comme je l’ai indiqué au paragraphe 220 des présents motifs, lorsque la Cour suprême a appliqué les facteurs liés au caractère équitable à la reproduction effectuée par la Grande bibliothèque, elle s’est concentrée sur les pratiques et procédures de cette dernière, et non sur celles de ses usagers.

[239] Cela nous amène aux garanties, dont l’absence a fait l’objet d’observations de la Cour fédérale. En niant l’importance des lacunes relevées par la Cour au motif qu’elles n’étaient pas pertinentes, l’Université montre qu’elle a mal apprécié le fardeau dont elle devait s’acquitter. Il incombait à l’Université, en tant qu’auteur des copies, de veiller à ce que ses Lignes directrices soient mises en œuvre conformément à leur but, puisque

dealing. The Federal Court’s finding that the safeguards were virtually absent undermines York’s claim to fair dealing or, to put it another way, tends to show unfairness.

[240] Finally, the Federal Court was entitled to inquire into York’s “real purpose or motive in using the copyrighted work”: *CCH*, at paragraph 54. The Federal Court used exceptionally strong language in describing York’s purpose, specifically that York’s purpose was “to obtain for free that which [it] had previously paid for” and “to keep enrolment up by keeping student costs down and to use whatever savings there may be in other parts of the university’s operation”: reasons, at paragraphs 272–273. These are findings of fact, reviewable on the standard of palpable and overriding error.

[241] The Federal Court’s inquiry was legitimate, having regard to the Supreme Court’s teaching in *CCH*. It is significant that York disputes the Court’s factual conclusions but primarily defends itself by disputing their relevance. In my view, the Federal Court erred, but not for the reasons York identified. The Federal Court fell into palpable and overriding error in importing education as an “allowable purpose” into its analysis of the “goal” of the dealing. Its conclusions with respect to York’s purpose in adopting its Guidelines are unequivocal and are a clear indication of unfairness.

(2) The character of the dealing

[242] The Federal Court began its discussion of this factor by underlining the distinction in the Trilogy between the character and the amount of the dealing. It found that the character of the dealing referred to the “quantification of the total number of pages copied (i.e. a quantitative assessment based on aggregate use)” (emphasis in original): reasons, at paragraph 277. The Court observed that in *CCH*, the Great Library provided only single copies of works for specific purposes. Similarly,

l’intégrité des Lignes directrices et la pratique de l’Université sont au cœur de sa thèse d’utilisation équitable. La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les garanties étaient quasiment inexistantes affaiblit la thèse de l’Université quant à l’utilisation équitable ou, autrement dit, tend à en démontrer qu’il y a injustice.

[240] Enfin, la Cour fédérale avait le droit de rechercher « le but ou le motif réel de l’utilisation de l’œuvre protégée » : arrêt *CCH*, au paragraphe 54. La Cour fédérale a utilisé des termes exceptionnellement forts pour décrire le but de l’Université, particulièrement lorsqu’elle a affirmé que cette dernière agissait « pour obtenir gratuitement ce qu’elle payait précédemment » et « continuer à augmenter le nombre d’inscriptions en réduisant les coûts pour les étudiants, grâce aux économies réalisées lors d’autres activités de l’université » : décision de la Cour fédérale, aux paragraphes 272 et 273. Il s’agit de conclusions de fait susceptibles de contrôle selon la norme de l’erreur manifeste et dominante.

[241] L’examen à cet égard de la Cour fédérale était légitime, compte tenu des enseignements de la Cour suprême dans l’arrêt *CCH*. Il est révélateur que l’Université conteste les conclusions de fait de la Cour, mais se défend principalement en contestant leur pertinence. À mon avis, la Cour fédérale a commis une erreur, mais pas pour les raisons invoquées par l’Université. La Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en considérant l’éducation comme une « fin énumérée » dans son examen du « but » de l’utilisation. Ses conclusions quant au but que visait l’Université en adoptant ses Lignes directrices sont sans équivoque et indiquent clairement qu’il y avait iniquité.

2) La nature de l’utilisation

[242] La Cour fédérale a commencé son analyse de ce facteur en soulignant la distinction faite, dans la trilogie, entre la nature et l’ampleur de l’utilisation. Elle a conclu que la nature de l’utilisation renvoyait à la « quantification du nombre total de pages reproduites (c’est-à-dire, une évaluation quantitative fondée sur une utilisation globale) » (souligné dans l’original) : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 277. La Cour a fait observer que, dans l’affaire *CCH*, la Grande bibliothèque ne fournissait

in *SOCAN*, no permanent record of a viewing was retained. Any files created in the course of the viewing were automatically deleted at the end of the viewing. On the other hand, there was no such limitation on the number of copies in York’s Guidelines or in its practice.

[243] The Court then indicated that, notwithstanding the deficiencies in the evidence of aggregate copying, the latter tended towards unfairness. The Court cited the evidence of one of Access Copyrights witnesses, Benoît Gauthier who reported that in the period from January 2011 to December 2015, copy shops “affiliated” with York made approximately 29 million print exposures which were included in coursepacks. Mr. Gauthier’s evidence also showed that from September 2011 to December 2013, over 16 million digital exposures of published works were posted and copied on York’s Learning Management Systems (LMSs): reasons, at paragraph 97. The Court rejected York’s argument that reliance upon aggregate data was unfair to larger institutions. It did so on the basis that it was York’s copying that was in issue.

[244] In the end result, the Court concluded that this factor tended to show that York’s dealings were unfair.

[245] York attacks the Court’s conclusion on the character of its dealing by arguing, once again, that the Court examined the issue from the wrong perspective, that is from York’s (aggregate copying) rather than from the student’s. York argues that the terms of its Guidelines allow only one copy of a Short Excerpt of a work per each student enrolled in a course. In addition, the Guidelines prohibit making multiple Short Excerpts from the same work when, taken together, they would exceed its Guidelines. Furthermore, in the case of LMSs course sites, students only have access to the sites for the duration of the course.

que des copies uniques d’œuvres à des fins particulières. De même, dans l’affaire *SOCAN*, personne ne conservait d’enregistrement permanent des extraits écoutés. Tous les fichiers créés lors de l’écoute préalable étaient supprimés automatiquement après l’écoute. En revanche, il n’existe aucune restriction de ce type quant au nombre de copies dans les Lignes directrices de l’Université ou dans sa pratique.

[243] La Cour a ensuite affirmé que, nonobstant les lacunes de la preuve quant à la reproduction globale, celle-ci tendait à démontrer qu’il y avait iniquité. La Cour a cité le témoignage d’un des témoins d’Access Copyright, Benoît Gauthier, qui a déclaré que, de janvier 2011 à décembre 2015, des ateliers d’impression « affiliés » à l’Université avaient réalisé quelque 29 millions de copies imprimées, qui ont été incluses dans des recueils de cours. Le témoignage de M. Gauthier a également montré que, de septembre 2011 à décembre 2013, plus de 16 millions de copies numériques d’œuvres publiées avaient été affichées et reproduites dans les systèmes de gestion de l’apprentissage (SGA) de l’Université : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 97. La Cour a rejeté l’argument de l’Université selon lequel il était injuste de se fonder sur des données globales dans le cas de grands établissements. Elle l’a rejeté au motif que c’était les copies effectuées par l’Université qui étaient en cause.

[244] En fin de compte, la Cour a conclu que ce facteur tendait à montrer que l’utilisation faite par l’Université était inéquitable.

[245] L’Université attaque la conclusion de la Cour quant à la nature de son utilisation en faisant valoir, une fois de plus, que la Cour a envisagé la question du mauvais point de vue, c’est-à-dire celui de l’Université (reproduction globale) plutôt que celui de l’étudiant. L’Université fait valoir que les modalités de ses Lignes directrices n’autorisent qu’une seule copie d’un court extrait d’un ouvrage par étudiant inscrit à un cours. En outre, les Lignes directrices interdisent la reproduction de nombreux courts extraits d’une même œuvre si, prises ensemble, ces copies excèdent la limite établie par les Lignes directrices. De plus, en ce qui concerne les sites des cours dans les SGA, les étudiants n’ont accès aux sites que pendant la durée du cours.

[246] York’s view is that the Federal Court’s reliance on aggregate amounts disregards the Supreme Court’s admonition in *SOCAN* that a focus on the aggregate amount of the dealing “could well lead to disproportionate findings of unfairness” (at paragraph 43) as was the case with the Federal Court’s analysis.

[247] York sums up its position on this factor by pointing out that reliance on aggregate amounts would bias the analysis against large institutions with many students and more courses relative to smaller institutions. Such a result, York says, is inconsistent with fair dealing as a user’s right.

[248] Access Copyright’s position is that, in both *SOCAN* and *Alberta (Education)*, the Supreme Court indicated that aggregate copying should be considered under the heading of character of the dealing. As a result, Access Copyright argues that the Federal Court’s consideration of aggregate copying was appropriate. It goes on to state that even if the matter is considered from the point of view of the student, each student at York received, on average, 360 exposures of works in 2013, which compares unfavourably with the 4.5 exposures per student in *Alberta (Education)*.

[249] Access Copyright concludes by noting that York’s submission that copies were not kept by students is not supported by the evidence which showed that students were not precluded from downloading, copying and sharing permanent copies of works provided to them by York professors.

[250] Dealing briefly with the last point, it is true that the Guidelines imposed no limitations on what students might do with the copies they were provided, which is not surprising in that the Guidelines were addressed to York’s professors and staff. That said, the Guidelines do not enjoin professors to remind the students of any limitations on their use of the copies provided to them.

[246] L’Université soutient que la Cour fédérale, en se fondant sur des quantités globales, ne tient pas compte de l’avertissement formulé par la Cour suprême dans l’arrêt *SOCAN* selon lequel s’attacher à l’ampleur globale de l’utilisation « risque de mener à une conclusion d’utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas » (au paragraphe 43), et c’est ce qu’a donné l’analyse de la Cour fédérale.

[247] L’Université résume sa position sur ce facteur en soulignant que le recours à des quantités globales fausserait l’analyse et la rendrait défavorable aux grands établissements comptant de nombreux étudiants et davantage de cours que les petits établissements. Elle affirme qu’un tel résultat équivaldrait à nier que l’utilisation équitable est un droit de l’utilisateur.

[248] Access Copyright soutient que, dans les arrêts *SOCAN* et *Alberta (Éducation)*, la Cour suprême a établi que la reproduction globale doit être prise en compte dans l’examen de la nature de l’utilisation. Elle affirme donc que c’est à juste titre que la Cour fédérale a examiné la reproduction globale. Elle ajoute que, même si l’on examine la question du point de vue de l’étudiant, chaque étudiant de l’Université a reçu, en moyenne, 360 copies d’œuvres en 2013, ce qui contraste de manière flagrante avec les 4,5 copies par élève dont il était question dans l’affaire *Alberta (Éducation)*.

[249] Access Copyright conclut en faisant observer que l’affirmation de l’Université selon laquelle les copies n’étaient pas conservées par les étudiants n’est pas étayée par les éléments de preuve, qui montrent que rien n’empêchait les étudiants de télécharger, de copier et de communiquer des copies permanentes des œuvres qui leur étaient fournies par les professeurs de l’Université.

[250] En ce qui concerne cette dernière observation, il est vrai que les Lignes directrices n’imposaient aucune limite à ce que les étudiants pouvaient faire avec les copies qui leur étaient fournies, ce qui n’a rien d’étonnant puisque les Lignes directrices s’adressaient aux professeurs et au personnel de l’Université. Cela dit, les Lignes directrices n’ enjoignaient pas aux professeurs de rappeler aux étudiants qu’il y avait des limites

[251] In its statement of the scope of the character of the dealing in *CCH*, the Supreme Court wrote that:

... courts must examine how the works were dealt with. If multiple copies of works are being widely distributed, this will tend to be unfair. If, however, a single copy of a work is used for a specific legitimate purpose, then it may be easier to conclude that it was a fair dealing. If the copy of the work is destroyed after it is used for its specific intended purpose, this may also favour a finding of fairness.

(*CCH*, at paragraph 55.)

[252] When it applied this factor to the Great Library’s copying, the Court found that it provided single copies of works for an allowable purpose. It observed that there was no evidence that it was disseminating multiple copies of works to multiple members of the legal profession. This suggested that the Great Library’s copying was in keeping with fair dealing.

[253] It is significant, in my view, that *CCH* does not address or consider the total volume of copies provided by the Law Society.

[254] Aggregate copying, in the sense of the total number of previews viewed by users was touched upon in *SOCAN* when *SOCAN* (the applicant) pointed out, under the heading of “Character of the dealing”, that “consumers accessed, on average, 10 times the number of previews as full-length musical works”: see *SOCAN*, at paragraph 38. I take this to mean that the aggregate of all previews viewed was greater than the number of downloads of full-length works. The Court responded to this argument by pointing out that no user retained a copy of the preview once it ended because all viewed files were automatically deleted at the conclusion of the viewing. This meant that those files could not be duplicated or further disseminated by users. So, while *SOCAN* argued aggregate use, the Court focussed on individual use.

à l’utilisation qu’ils pouvaient faire des copies qui leur étaient fournies.

[251] Dans sa déclaration sur la portée de la nature de l’utilisation dans l’arrêt *CCH*, la Cour suprême a écrit ce qui suit :

[...] le tribunal doit examiner la manière dont l’œuvre a été utilisée. Lorsque de multiples copies sont diffusées largement, l’utilisation tend à être inéquitable. Toutefois, lorsqu’une seule copie est utilisée à une fin légitime en particulier, on peut conclure plus aisément que l’utilisation était équitable. Si la copie de l’œuvre est détruite après avoir été utilisée comme prévu, cela porte également à croire qu’il s’agissait d’une utilisation équitable.

(*CCH*, au paragraphe 55.)

[252] Lorsqu’elle a appliqué ce facteur à la reproduction effectuée par la Grande bibliothèque, la Cour suprême a conclu que la Grande bibliothèque fournissait une seule copie des œuvres à une fin permise. Elle a observé qu’aucune preuve n’établissait que le Barreau distribuait de multiples copies d’ouvrages à de multiples membres de la profession juridique. Cela tendait à montrer que la reproduction effectuée par la Grande bibliothèque était conforme aux principes de l’utilisation équitable.

[253] Il est significatif, à mon avis, que dans l’arrêt *CCH* la Cour n’ait ni examiné ni pris en compte le volume total de copies fournies par le Barreau.

[254] La reproduction globale, au sens du nombre total d’écoutes préalables d’extraits par les utilisateurs, a été abordée dans l’arrêt *SOCAN* lorsque la *SOCAN* (qui était l’appelante) a souligné, au sujet de la « nature de l’utilisation », que « le consommateur accède en moyenne dix fois plus souvent à l’extrait d’une œuvre musicale qu’à sa version intégrale » : voir l’arrêt *SOCAN*, au paragraphe 38. J’en comprends que le nombre global d’écoutes préalables d’extraits était supérieur au nombre de téléchargements d’œuvres complètes. La Cour a répondu à cet argument en soulignant qu’aucun utilisateur ne conservait de copie de l’écoute préalable une fois celle-ci terminée, car tous les extraits écoutés étaient supprimés automatiquement après l’écoute. Il s’ensuit que ces fichiers ne pouvaient être ni copiés ni diffusés par les

[255] In *Alberta (Education)*, the Court touched upon the character of the dealing when it contrasted it with the amount of the dealing. It made the point that the issue of aggregate use was to be considered under the heading of “Character of the dealing”. When addressing that issue, the Court noted that teachers distributed multiple copies of texts to entire classes, thus echoing *CCH*’s reference to multiple copies disseminated to multiple users.

[256] It is clear that, in this case, York did disseminate multiple copies to multiple users which would bring it within the reservation expressed in *CCH*. York’s argument that using aggregate numbers in this way invariably will work against larger institutions as compared to smaller institutions. There is something to this though the jurisprudence does not provide much guidance as to how to deal with it. In *SOCAN*, as noted above, the Court focussed on the ephemeral nature of the copies when it dealt with *SOCAN*’s argument as to aggregate copying. In this case, the paper copies were not ephemeral though access to the electronic copies on the LMSs may have been. In addition, York’s Guidelines did not attempt to forestall downstream copying and redistribution by students.

[257] In *Alberta (Education)*, the Copyright Board found an unacceptable level of aggregate copying in the fact that a teacher would distribute copies to entire classes: see Board reasons, at paragraph 100. The Court disagreed on the basis that teachers were not making copies for their own use but for that of their students. Nonetheless, this shows that the reach of a bare principle that multiple copies to multiple users is not fair dealing is not limited to large institutions.

utilisateurs. Ainsi, bien que la *SOCAN* se soit fondée sur l’utilisation globale, la Cour s’est concentrée sur l’utilisation individuelle.

[255] Dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*, la Cour a abordé la nature de l’utilisation en la comparant à l’ampleur de l’utilisation. Elle a fait valoir que la question de l’utilisation globale devait être rattachée à la nature de l’utilisation. Lorsqu’elle s’est penchée sur cette question, la Cour a pris note que les enseignants distribuaient de multiples copies des textes à des classes entières, renvoyant ainsi aux multiples copies diffusées à de multiples utilisateurs dont il avait été question dans l’arrêt *CCH*.

[256] Il est clair qu’en l’espèce, l’Université a effectivement distribué de multiples copies à de multiples utilisateurs et que ses actes relèvent ainsi de ceux à l’égard desquels la Cour suprême a exprimé des réserves dans l’arrêt *CCH*. L’Université soutient qu’une telle utilisation de chiffres globaux jouera invariablement contre les grands établissements, comparativement aux petits établissements. Ce n’est pas impossible, bien que la jurisprudence ne donne pas beaucoup d’indications sur la manière de traiter cette question. Dans l’arrêt *SOCAN*, tel qu’il a été mentionné précédemment, la Cour s’est concentrée sur la nature éphémère des copies lorsqu’elle a examiné l’argument de la *SOCAN* concernant la reproduction globale. En l’espèce, les copies papier n’étaient pas éphémères, bien que l’accès aux copies électroniques dans les SGA ait pu l’être. En outre, les Lignes directrices de l’Université ne visaient pas à empêcher la copie et la redistribution en aval par les étudiants.

[257] Dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*, la Commission du droit d’auteur a estimé que le fait qu’un enseignant distribue des copies à des classes entières constituait une reproduction globale d’une quantité inacceptable : voir les motifs de la Commission, au paragraphe 100. La Cour n’a pas souscrit à cette conclusion, au motif que les enseignants ne faisaient pas de copies pour leur propre usage, mais pour celui de leurs élèves. Cela montre néanmoins que le principe simple voulant que des copies multiples destinées à des utilisateurs multiples ne constituent pas une utilisation équitable ne concerne pas que les grands établissements.

[258] Since the issue in this case is the fairness of York’s Guidelines, the application of the *CCH* analysis means that the Federal Court did not err when it concluded that the Guidelines tended towards unfairness either in the aggregate or from the point of view of an individual student receiving 360 copies, an amount which York did not justify beyond invoking education as an allowable purpose. One could attempt to nuance this analysis using the *SOCAN* analysis by arguing that Guidelines which called for the destruction of copied works at the conclusion of a class and prohibited the retention and redistribution of copied works were indices of fair dealing. The difficulty is that instructions of this kind do not appear in the York Guidelines. In the end, there is no reason to interfere with the Federal Court’s conclusion on this factor.

(3) The amount of the dealing

[259] It is clear from the Federal Court’s reasons that it considered this factor to be the core of the fair dealing analysis. All agree that this heading considers the proportion of a protected work which is copied and not the amount of copying in the aggregate. Unfortunately, the Federal Court muddied the waters by introducing references to quantitative elements in its analysis.

[260] Relying on paragraph 56 of the Supreme Court’s decision in *CCH*, the Federal Court divided its analysis into a quantitative portion and a qualitative portion. Under the heading of quantitative analysis, the Court considered the “thresholds” for copying, that is, the amount of permissible copying from different types of works, i.e. the definition of Short Excerpt, reproduced at paragraph 24 of these reasons.

[261] The Court noted that the amount of the dealing examined the proportion of the copied excerpt to the entire work, noting that the Guidelines prescribed certain thresholds (as set out in the definition of Short Excerpt) which were presumptively fair, without considering the second part of the *CCH* test which is the “qualitative importance of the part copied”: reasons, at paragraph 295.

[258] Puisque la question en l’espèce est le caractère équitable des Lignes directrices de l’Université, il s’ensuit, après application de l’analyse exposée dans l’arrêt *CCH*, que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a conclu que les Lignes directrices tendaient vers l’iniquité, que ce soit globalement ou du point de vue de l’étudiant individuel recevant 360 copies, une quantité que l’Université n’a pu justifier autrement qu’en affirmant que l’éducation était une fin permise. On pourrait tenter de nuancer cette analyse en utilisant celle exposée dans l’arrêt *SOCAN* et en faisant valoir que des Lignes directrices exigeant la destruction des œuvres copiées à la fin d’un cours et interdisant la conservation et la redistribution d’œuvres copiées sont des indices d’utilisation équitable. Le problème est que les Lignes directrices de l’Université ne comprenaient pas de telles instructions. En fin de compte, il n’y a aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale quant à ce facteur.

3) L’ampleur de l’utilisation

[259] Il ressort clairement des motifs de la Cour fédérale que celle-ci a considéré que ce facteur était au cœur de l’analyse de l’utilisation équitable. Personne ne conteste que l’ampleur de l’utilisation porte sur la proportion d’une œuvre protégée qui est copiée et non sur la quantité globale de copies. Malheureusement, la Cour fédérale a troublé l’eau en renvoyant à des éléments quantitatifs dans son analyse.

[260] S’appuyant sur le paragraphe 56 de l’arrêt *CCH* rendu par la Cour suprême, la Cour fédérale a divisé son analyse en deux : une partie quantitative et une partie qualitative. Dans son analyse quantitative, la Cour a examiné les « seuils » de reproduction, c’est-à-dire la quantité de copies autorisées pour différents types d’œuvres, soit la définition de [TRADUCTION] « court extrait » reproduite au paragraphe 24 des présents motifs.

[261] La Cour a noté que le facteur de l’ampleur de l’utilisation se voulait un examen du rapport entre l’extrait copié et l’œuvre entière, tout en précisant que les Lignes directrices fixaient certaines limites (établies la définition de [TRADUCTION] « court extrait ») qui étaient présumées équitables, mais ne faisaient aucunement attention à la deuxième partie du critère de l’arrêt *CCH*,

[262] The Court then proceeded with its “qualitative” analysis which it began by reviewing the aggregate total of York’s copying and that of all post-secondary institutions. It noted that 90 percent of York’s copying for coursepacks came from books. This led it to conclude that York’s copying could not be described as insignificant. One suspects that the Federal Court was addressing the Supreme Court’s comment, at paragraph 56 of *CCH*, that if the amount taken from a work is trivial, then a fair dealing analysis need not be undertaken at all. Be that as it may, the reliance on aggregate printing was inappropriate though, in the end, nothing turns on this.

[263] The Court then discussed the absence of rationale for any of the “thresholds” in the Guidelines. Its view was that, in the assessment of a copying regime based on guidelines, part of the fairness analysis must consider the fairness of the permitted copying. The Court held that in such a case, it was incumbent on the institution to justify the “thresholds” by explaining why they are fair. The Court concluded that York had failed to discharge its burden which “seriously undermines the overall fairness of the York Guidelines”: reasons, at paragraph 308.

[264] Addressing the limits on copying in the Guidelines, the Court noted that they would permit copying an entire chapter taken from a book. By way of example, the court pointed to the copying of Margaret MacMillan’s work *Paris 1919: Six Months That Changed the World* [New York: Random House, 2002]. The Court found that numerous chapters could be copied for use in different courses, with the result that the copyright protection for the work was “effectively eviscerat[ed]”: reasons, at paragraph 311.

« l’importance qualitative de la partie copiée » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 295.

[262] La Cour fédérale a ensuite procédé à son analyse de l’« importance qualitative », qu’elle a commencée en examinant le total global de copies effectuées par l’Université et celui de tous les établissements d’enseignement postsecondaire. Elle a constaté que 90 p. 100 des copies faites par l’Université pour les recueils de cours provenaient de livres. Elle en a conclu que la reproduction effectuée par l’Université ne pouvait être qualifiée d’insignifiante. On peut penser que la Cour fédérale réagissait à l’observation formulée par la Cour suprême, au paragraphe 56 de l’arrêt *CCH*, selon laquelle, lorsqu’une infime partie de l’œuvre est utilisée, il n’est pas du tout nécessaire d’entreprendre l’analyse relative au caractère équitable. Quoi qu’il en soit, il n’y avait pas lieu de se fonder sur la reproduction globale même si, au bout du compte, cela n’a pas été déterminant.

[263] La Cour s’est ensuite penchée sur l’absence de raisons justifiant les « seuils » établis dans les Lignes directrices. Elle a estimé que, pour l’examen d’un régime basé sur des lignes directrices, une partie de l’analyse du caractère équitable doit concerner le caractère équitable de la reproduction autorisée. La Cour a estimé que, dans un tel cas, il incombait à l’établissement de justifier les « seuils » en expliquant pourquoi ils sont équitables. Elle a conclu que l’Université ne s’était pas acquittée de son fardeau, ce qui « porte sérieusement atteinte au caractère équitable général des Lignes directrices de York » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 308.

[264] En ce qui concerne les limites à la reproduction établies dans les Lignes directrices, la Cour fédérale a fait observer qu’elles autorisaient que soit copié un chapitre entier tiré d’un livre. La Cour a pris l’exemple de la reproduction de l’ouvrage de Margaret MacMillan intitulé *Paris 1919 : Six Months That Changed the World* [New York : Random House, 2002]. La Cour a établi que de nombreux chapitres pouvaient être copiés pour être utilisés dans différents cours, « éviscérant par le fait même » la protection du droit d’auteur sur l’ouvrage : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 311.

[265] The Federal Court concluded from this analysis that copying on this scale does not point to fair dealing. The unfairness is compounded by “the absence of any meaningful control over the portions of publications copied or any monitoring of compliance” which makes the nominal thresholds largely meaningless: reasons, at paragraph 314.

[266] The importance of the copied work was flagged as a consideration though the Court noted that the jurisprudence does not assist in defining this element. However, the Court explained that, given the Guidelines, a portion taken from a larger work e.g. a chapter for inclusion in a course’s required reading, was undoubtedly qualitatively significant to the work and the author’s contribution. I take this to mean that the decision to copy a particular chapter from a book means that the chapter added value to the book, which value was lost if users were free to copy that chapter without paying compensation.

[267] The Federal Court concluded that, with respect to this factor, there was nothing fair about the amount of the dealing contemplated by York’s Guidelines.

[268] York’s challenge to the Federal Court’s conclusions on this factor are based, once again, on the question of perspective. York points to the Court’s focus on aggregate copying which highlights York’s perspective rather than the student’s. York argues that the Court’s approach is contrary to that adopted by the Supreme Court in *SOCAN* in which the Court held that since fair dealing is a user’s right, the amount of the dealing factor should be assessed on the basis of individual use and not on aggregate use of multiple works by a multitude of users. Furthermore, argues York, the Supreme Court confirmed in *SOCAN* that the amount of dealing was to be assessed on the basis of the proportion of the copied excerpt to the whole work. In *CCH*, this meant examining the specific works requested by users rather than the total number of pages copied.

[265] La Cour fédérale a conclu de cette analyse qu’une reproduction à cette échelle ne montrait pas une utilisation équitable. L’iniquité est aggravée par « l’absence de tout contrôle significatif sur les parties des publications copiées ou de tout contrôle de la conformité », ce qui fait perdre en grande partie leur sens aux seuils établis : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 314.

[266] La Cour fédérale a affirmé que l’importance de l’œuvre copiée devait être prise en considération, tout en notant que la jurisprudence n’aide pas à définir cet élément. Elle a toutefois expliqué que, compte tenu des Lignes directrices, un extrait d’un ouvrage conséquent, par exemple un chapitre qui sera inclus dans les lectures obligatoires d’un cours, était sans aucun doute qualitativement important pour l’œuvre et la contribution de l’auteur. J’en comprends que la décision de copier un chapitre particulier d’un livre signifie que ce chapitre apporte de la valeur au livre, valeur qui serait perdue si les utilisateurs étaient libres de copier ce chapitre sans payer de contrepartie.

[267] La Cour fédérale a conclu qu’en ce qui concerne ce facteur, il n’y avait rien d’équitable dans l’ampleur de l’utilisation envisagée par les Lignes directrices de l’Université.

[268] La contestation par l’Université des conclusions de la Cour fédérale sur ce facteur repose, une fois de plus, sur la question du point de vue. L’Université souligne que la Cour a porté son attention sur la reproduction globale, de sorte que le point de vue de l’Université primait celui de l’étudiant. L’Université fait valoir que le raisonnement de la Cour fédérale va à l’encontre de celui suivi par la Cour suprême dans l’arrêt *SOCAN*, dans lequel cette dernière a estimé que, puisque le droit d’utilisation est un droit de l’utilisateur, le facteur de l’ampleur de l’utilisation doit être examiné en fonction de l’utilisation individuelle et non en fonction de l’utilisation globale de multiples œuvres par une multitude d’utilisateurs. De plus, l’Université soutient que la Cour suprême a confirmé dans l’arrêt *SOCAN* que l’ampleur de l’utilisation devait être examinée à l’aune du rapport entre l’extrait et l’œuvre entière. Dans l’arrêt *CCH*, cela s’était traduit par l’examen des œuvres précises demandées par les utilisateurs plutôt que par le nombre total de pages copiées.

[269] York further argues that the Federal Court used the wrong perspective when it addressed the proportion of the work copied. It criticizes (without naming it), the Court's example of *Paris 1919: Six Months That Changed the World* because the Court based its analysis on the overall use of a specific work for multiple students enrolled in different courses rather than the portion of the work copied for an individual student.

[270] Access Copyright mounts a vigorous defence of the Federal Court's decision. It begins by noting that the Court recognized that the amount of the dealing must not be conflated with the character of the dealing. Later in its discussion of this factor, Access Copyright concedes that the Court introduced a discussion of aggregate copying in dealing with the qualitative aspect of the amount of the dealing. However, Access Copyright argues that this discussion did not induce the Court into error on the critical factor, namely the question of the thresholds. As a result, it says that the Court's digression into aggregate use was of no consequence.

[271] As for the question of the thresholds, Access Copyright agrees that York provided no evidence, rationale or justification for the copying permitted by virtue of the definition of Short Excerpt. Nor did York show why a Short Excerpt was fair from the student perspective. Similarly, York offered no justification for distinctions based on the format of publication according to which no more than 10 percent of a work can be copied when published as a freestanding work but which can be copied in its entirety when it is part of a compilation.

[272] Finally, Access Copyright pointed out that York led no evidence that the amount of the copying, whether considered qualitatively or quantitatively, was necessary to achieve the purpose of the copying.

[273] At paragraph 56 of its decision in *CCH*, the Supreme Court begins its discussion of the amount of the dealing by drawing a distinction between the amount of the dealing and the importance of the work allegedly

[269] L'Université soutient en outre que la Cour fédérale n'a pas envisagé la question du bon point de vue lorsqu'elle a examiné le rapport entre l'extrait et l'œuvre entière. Elle critique (sans le nommer) l'exemple de l'ouvrage *Paris 1919 : Six Months That Changed the World* cité par la Cour, parce que cette dernière a fondé son analyse sur l'utilisation globale d'une œuvre précise pour plusieurs étudiants inscrits à différents cours plutôt que sur la partie de l'œuvre copiée pour un seul étudiant.

[270] Access Copyright défend vigoureusement la décision de la Cour fédérale. Elle commence par affirmer que la Cour a reconnu qu'il ne fallait pas confondre l'ampleur de l'utilisation et la nature de l'utilisation. Plus loin dans son analyse de ce facteur, Access Copyright reconnaît que la Cour a présenté une analyse de la reproduction globale lorsqu'elle a examiné l'aspect qualitatif de l'ampleur de l'utilisation. Access Copyright fait valoir que, néanmoins, cette analyse n'avait pas amené la Cour à commettre une erreur quant au facteur essentiel, à savoir la question des seuils. Elle affirme par conséquent que la digression de la Cour sur l'utilisation globale n'a eu aucune conséquence.

[271] En ce qui concerne la question des seuils, Access Copyright souscrit à la conclusion selon laquelle l'Université n'a fourni ni preuve, ni justification, ni motifs justifiant les limites à la copie établies dans la définition de [TRADUCTION] « court extrait ». L'Université n'a pas non plus montré pourquoi un court extrait était équitable du point de vue de l'étudiant. De même, l'Université n'a pas justifié les distinctions fondées sur le format de publication, selon lesquelles il était possible de copier jusqu'à 10 p. 100 d'une œuvre publiée en tant qu'œuvre indépendante, alors qu'une œuvre faisant partie d'une compilation pouvait être copiée dans son intégralité.

[272] Enfin, Access Copyright a souligné que l'Université n'avait présenté aucun élément de preuve pour démontrer que la quantité de copies, qu'elle soit considérée qualitativement ou quantitativement, était nécessaire pour atteindre l'objectif visé par la reproduction.

[273] Au paragraphe 56 de l'arrêt *CCH*, la Cour suprême commence son analyse de l'ampleur de l'utilisation en établissant une distinction entre l'ampleur de l'utilisation et l'importance de l'œuvre faisant prétendument l'objet

infringed. This distinction seems to have given rise to the Federal Court’s distinction between the quantitative and qualitative aspects of this factor. Having drawn the distinction, the Court does not return to the issue of the importance of the work in its subsequent analysis.

[274] Later in the same paragraph, the Supreme Court comments that the amount of copying may be more or less fair depending on the purpose, which implies that when the amount of the copying is challenged, the copier must be able to show that the amount copied was necessary to achieve the stated purpose of the copying.

[275] In its application of the law to the facts, the Supreme Court emphasized that the Reference Librarian would review requests for more than five percent of a secondary source, and that such requests could be refused. The Court found that this suggested that the Great Library’s dealings with publishers’ works was fair but that multiple requests for multiple reported cases from the same report series over a short period of time might not be fair.

[276] The discussion of the amount of the dealing in *SOCAN* was largely devoted to disentangling this factor from the character of the dealing. The previews in *SOCAN* were 30 second portions of songs which were streamed with a lower sound quality than the original work. *SOCAN* argued that the amount of the dealing should be assessed by reference to the aggregate number of previews streamed by consumers. Since the average consumer streamed 10 previews for each purchase of music, *SOCAN* argued that the time spent listening to previews was so large that the dealing was unfair.

[277] The Court rejected this argument, holding instead that because fair dealing was a user’s right, it should be assessed on individual use and not aggregate use. It confirmed that the appropriate measure of the amount of the dealing was the proportion of the excerpt to the whole

d’une reproduction illicite. Cette distinction semble être à l’origine de la distinction faite par la Cour fédérale entre les aspects quantitatifs et qualitatifs de ce facteur. Ayant établi cette distinction, la Cour fédérale ne revient pas sur la question de l’importance de l’œuvre dans son analyse subséquente.

[274] Plus loin dans le même paragraphe, la Cour suprême affirme que l’ampleur de la reproduction peut aussi être plus ou moins équitable selon la fin visée, ce qui signifie que, lorsque la quantité de copies est contestée, l’auteur des copies doit aussi pouvoir démontrer que la quantité de copies était nécessaire pour atteindre l’objectif déclaré de la reproduction.

[275] Dans son application du droit aux faits, la Cour suprême a souligné que le bibliothécaire de référence examinait les demandes portant sur plus de cinq p. 100 d’une source secondaire et avait le pouvoir de refuser ces demandes. Selon la Cour, cela indiquait que la Grande bibliothèque faisait une utilisation équitable des œuvres des éditeurs, mais que l’utilisation pouvait ne pas être équitable dans le cas où elle concernerait de nombreuses demandes visant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils sur une courte période.

[276] Dans l’arrêt *SOCAN*, l’analyse de l’ampleur de l’utilisation portait largement sur la distinction entre ce facteur et la nature de l’utilisation. Les écoutes préalables dont il était question dans l’arrêt *SOCAN* étaient des extraits de chansons de 30 secondes qui étaient transmis en continu et dont la qualité sonore était inférieure à celle de l’œuvre originale. La *SOCAN* avait fait valoir que l’ampleur de l’utilisation devait être examinée en fonction du nombre total d’extraits écoutés par les consommateurs grâce à la transmission en continu. Comme le consommateur moyen écoutait 10 extraits pour chaque achat d’œuvre musicale, la *SOCAN* a fait valoir que le temps consacré à l’écoute préalable était si considérable qu’il rendait l’utilisation inéquitable.

[277] La Cour suprême a rejeté cet argument, estimant au contraire que, puisque l’utilisation équitable était un droit de l’utilisateur, il fallait l’évaluer au regard des utilisations individuelles plutôt que de l’ensemble des utilisations. Elle a confirmé que l’ampleur de l’utilisation

work. The Court concluded this portion of its analysis by stating that the amount of the dealing should be assessed by looking at how each dealing occurred on an individual basis.

[278] The Court's treatment of the amount of the dealing in *Alberta (Education)* consisted of distinguishing copying by teachers from the *CCH* example of numerous requests for multiple case reports from the same series by the same user by pointing out that teachers copy for students not for themselves. The Court reaffirmed that the assessment of the amount of the dealing turns on the proportion of the copied excerpt to the whole work.

[279] As noted earlier in these reasons, I am inclined to view the Court's digression into aggregate copying as its attempt to show that the copying in this case was anything but trivial or insignificant. In doing so, the Court may have given more importance to a non-contentious point than it deserved, but that is not a reason to set aside the substance of its findings. In other words, the error may be palpable but it is not overriding.

[280] York's allegations about the Court's use of the wrong perspective continue to be wide of the mark. The objective of York's counterclaim is to have the Court give its imprimatur to its Guidelines. If it hoped to succeed in that endeavour, York had to address the Guidelines themselves. Rather than assuming its burden, York tried to defend its copying practices by reference to the user's perspective. As the Supreme Court pointed out, that is a perfectly acceptable approach to fair dealing but it requires the copier to explain how the user's use is fair. York has not led any evidence as to students' use of the copied works so as to show it is fair. As a result, York's focus on the student's perspective does not advance its cause.

devait être mesurée à l'aune du rapport entre l'extrait et l'œuvre entière. La Cour a conclu cette partie de son analyse en déclarant que l'ampleur de l'utilisation devait être appréciée au regard de chacune des utilisations individuelles.

[278] Dans l'arrêt *Alberta (Éducation)*, en ce qui concerne l'ampleur de l'utilisation, la Cour suprême a établi une distinction entre la reproduction effectuée par les enseignants et la situation visée dans l'arrêt *CCH*, c'est-à-dire de nombreuses demandes présentées par un seul usager concernant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils, en soulignant que les enseignants font des copies pour les élèves et non pour eux-mêmes. La Cour a réaffirmé que l'ampleur de l'utilisation devait être mesurée à l'aune du rapport entre l'extrait et l'œuvre entière.

[279] Comme je l'ai indiqué précédemment dans les présents motifs, je suis porté à considérer que la Cour fédérale, en faisant une digression sur la reproduction globale, tentait de montrer que la reproduction en l'espèce était tout sauf banale et insignifiante. Ce faisant, elle a peut-être accordé plus d'importance que nécessaire à un point qui n'était pas litigieux, mais ce n'est pas une raison pour infirmer le fond de ses conclusions. Autrement dit, l'erreur est peut-être manifeste, mais elle n'est pas dominante.

[280] Encore une fois, l'Université se trompe complètement lorsqu'elle affirme que la Cour n'a pas envisagé la question du bon point de vue. Avec sa demande reconventionnelle, elle demande à la Cour de donner son aval à ses Lignes directrices. Si elle espérait y parvenir, l'Université devait défendre ses Lignes directrices en tant que telles. Plutôt que de s'acquitter de ce fardeau, l'Université a tenté de défendre ses pratiques de reproduction en renvoyant au point de vue de l'utilisateur. Comme l'a souligné la Cour suprême, cette approche à l'égard de l'utilisation équitable est parfaitement acceptable, mais il faut que l'auteur des copies explique en quoi l'utilisation qu'en fait l'utilisateur est équitable. L'Université n'a fourni aucune preuve démontrant que les étudiants faisaient une utilisation équitable des œuvres copiées. Par conséquent, il ne sert à rien pour l'Université d'insister sur le point de vue de l'étudiant.

[281] As noted earlier, at paragraph 56 of *CCH*, the Supreme Court made the point that the amount of copying had to be justified by the purpose of that copying. The Federal Court found that York had not done so. Before this Court, York does not try to remedy the omission but emphasizes its allowable purpose (education) and returns to the issue of the proper perspective. York has made no attempt to explain the various thresholds found in the definition of Short Excerpt or the apparent anomaly resulting from a work’s publication format.

[282] To the extent that York relies on the user’s perspective, it has not demonstrated either in the Federal Court or in this Court how the copying pursuant to the Guidelines is fair from students’ points of view.

[283] York has not shown that the Federal Court erred in any material way in coming to its conclusion that there was “nothing fair about the amount of the [York’s] dealing”: reasons, at paragraph 318.

(4) Alternatives to the dealing

[284] The Court began its analysis by summarizing the relevant principles from the jurisprudence. In the course of doing so, the Court distinguished York’s case from that of the teachers in *Alberta (Education)*:

.... It is one thing for a teacher to have the school librarian run off some copies of a book or article in order to supplement school texts, and it is quite another for York to produce coursepacks and materials for distribution through LMSs, which stand in place of course textbooks, through copying on a massive scale.

(Reasons, at paragraph 324.)

[285] In the end, the Federal Court identified the key issue under this heading as whether the dealing was reasonably necessary to achieve the ultimate purpose. It

[281] Comme je l’ai déjà souligné, la Cour suprême a fait observer, au paragraphe 56 de l’arrêt *CCH*, que l’ampleur de la reproduction devait être justifiée au regard de la fin poursuivie. La Cour fédérale a conclu que l’Université n’avait pas fourni cette justification. Devant notre Cour, l’Université ne tente pas de remédier à son omission, mais insiste plutôt sur la fin permise (l’éducation) et revient sur la question du point de vue approprié. L’Université ne tente pas d’expliquer les différents seuils figurant dans la définition du terme [TRADUCTION] « court extrait », ni l’anomalie apparente résultant du format de publication de l’œuvre.

[282] L’Université, parce qu’elle se fonde sur la perspective de l’utilisateur, n’a démontré ni devant la Cour fédérale ni devant notre Cour en quoi la reproduction effectuée sous le régime de ses Lignes directrices était équitable du point de vue des étudiants.

[283] L’Université n’a pas démontré que la Cour fédérale a commis une erreur importante en concluant qu’il n’y avait « rien d’équitable dans l’ampleur de l’utilisation [par l’Université] » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 318.

4) L’existence de solutions de rechange à l’utilisation

[284] La Cour fédérale a commencé son analyse en résumant les principes pertinents issus de la jurisprudence. Ce faisant, elle a établi une distinction entre la situation de l’Université et celle des enseignants dans l’arrêt *Alberta (Éducation)* :

[...] C’est une chose pour un enseignant de demander au bibliothécaire de l’école d’effectuer quelques copies d’un livre ou d’un article afin de compléter les manuels scolaires, et c’en est une autre pour York de produire des recueils de cours et du matériel à distribuer au moyen de SGA, en guise de manuels de cours, en procédant à une reproduction à grande échelle.

(Décision de la Cour fédérale, au paragraphe 324.)

[285] En fin de compte, la Cour fédérale a défini la principale question à ce sujet comme étant celle de savoir si l’utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard

found that in this case, the ultimate purpose is the education of students. The Court accepted the evidence of York's professors to the effect that the days of one principal textbook for a given class are over. Course materials are sourced from multiple publications and resources. On that basis, the Court concluded that the use of copying was reasonably necessary to achieve the ultimate purpose of education.

[286] That said, the Court concluded that this factor favoured York though not as significantly as asserted by York. The Court found that the latter had not actively engaged in consideration or use of existing or potential alternatives. The Court identified some possible alternatives and then pointed out that there were no reasonable free alternatives to copying.

[287] York disputes the attenuation of the impact of the alternative to the dealing factor by proposing that the Court erred in, once again, focussing on York's activities rather than on the perspective of the user. In particular, York suggests that the Court misapprehended the scale of the copying in *Alberta (Education)*. The copying in that case was not that of a teacher but that of many teachers copying for many students across Canada. To that extent, says York, the Court's comparison of its copying to that in *Alberta (Education)* is inapt.

[288] York also rejected the Court's comments on its failure to pursue alternatives noting that the alternatives suggested by the Court were paid alternatives. According to York, this reasoning was disapproved in *Alberta (Education)* when the Supreme Court wrote that paid alternatives such as buying copies of books for each student is not a reasonable alternative to teachers copying short excerpts.

à la fin visée. Elle a conclu qu'en l'espèce, la fin visée était l'éducation des étudiants. La Cour a retenu les témoignages des professeurs de l'Université selon lesquels l'ère où on utilisait un manuel principal pour l'enseignement d'un cours était révolue. Le matériel de cours est tiré de multiples publications et ressources. Pour ce motif, la Cour a conclu que l'utilisation de la reproduction était raisonnablement nécessaire pour atteindre la fin visée, soit l'éducation.

[286] Cela dit, la Cour fédérale a conclu que ce facteur favorisait l'Université, mais pas autant que cette dernière le faisait valoir. Elle a estimé que l'Université n'avait pas activement considéré l'utilisation de solutions de rechange existantes ou éventuelles et n'en avait utilisé aucune. La Cour a mentionné des solutions de rechange possibles avant de souligner qu'il n'existait pas de solution de rechange raisonnable gratuite à la reproduction.

[287] L'Université conteste l'importance atténuée accordée au facteur des solutions de rechange à l'utilisation et affirme que la Cour a encore une fois commis une erreur en se concentrant sur les activités de l'Université plutôt que de se placer du point de vue de l'utilisateur. Plus précisément, l'Université fait valoir que la Cour a mal interprété l'échelle de la reproduction dont il était question dans l'affaire *Alberta (Éducation)*. Dans cette affaire, il n'était pas question d'un enseignant, mais de nombreux enseignants qui effectuaient des reproductions pour de nombreux élèves dans tout le Canada. L'Université affirme qu'à cet égard, il n'était pas approprié que la Cour compare les reproductions faites par l'Université avec celles dont il était question dans l'arrêt *Alberta (Éducation)*.

[288] L'Université conteste également les observations de la Cour quant au fait qu'elle n'a pas pris de solutions de rechange en considération, faisant remarquer que les solutions de rechange proposées par la Cour n'étaient pas gratuites. Selon l'Université, ce raisonnement a été critiqué dans l'arrêt *Alberta (Éducation)*, lorsque la Cour suprême a écrit que les solutions de rechange payantes, telles que l'achat d'exemplaires de livres pour chaque élève, ne remplaçaient pas raisonnablement la reproduction de courts extraits par les enseignants.

[289] Lastly, York criticized the Federal Court’s reference to its failure to pursue potential alternatives since such alternatives do not currently exist and therefore cannot be substituted for copying.

[290] It is sufficient for the purposes of this factor to point out the significant difference between York’s copying and the copying in *Alberta (Education)*. York’s copying is systematic while the copying in *Alberta (Education)* was *ad hoc*. Recall that the Copyright Board found that there was no system in place with respect to the Alberta teachers’ copying. As a result, the Federal Court did not err in concluding that the two situations were not equivalent.

[291] The Federal Court’s comments with respect to the absence of free alternatives to York’s copying are understandable when one has in mind the Court’s earlier conclusion that while York’s overall purpose is education, the purpose or objective sought by the adoption of the Guidelines was to obtain for free that which had previously been paid for.

[292] In any event, I would not interfere with the Court’s conclusion that this factor favours York though I would agree that its effect is mitigated.

(5) The effect of the dealing

[293] The Federal Court began its consideration of this factor by pointing out that Access Copyright has the burden of showing the negative impacts of the dealings on the creators and publishers. The Court noted the Supreme Court’s admonition that this factor is neither the only nor the most important factor.

[294] The Court regarded *Alberta (Education)* as instructive. In that case, the Supreme Court noted that a decline in sales, without evidence of a link to the photocopying of short excerpts, was insufficient to establish that the impact of the copying was unfair. The Court held

[289] Enfin, l’Université est en désaccord avec la Cour fédérale sur la conclusion voulant qu’elle n’ait pas examiné de solutions de rechange possibles, car ces solutions n’existent pas actuellement et ne peuvent donc pas remplacer la reproduction.

[290] Il suffit, pour les besoins de ce facteur, de souligner que la reproduction effectuée par l’Université est très différente de celle dont il était question dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*. Dans le cas de l’Université, la reproduction était systématique, tandis que, dans l’affaire *Alberta (Éducation)*, il s’agissait de copies ponctuelles. Rappelons que la Commission du droit d’auteur avait conclu qu’il n’existait pas de système à l’égard des copies effectuées par les enseignants en Alberta. Par conséquent, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que les deux situations n’étaient pas équivalentes.

[291] Les observations de la Cour fédérale concernant l’absence de solutions de rechange gratuites aux copies effectuées par l’Université sont compréhensibles si l’on garde à l’esprit sa conclusion antérieure selon laquelle, bien que le but général de l’Université ait été l’éducation, le but visé par l’adoption des Lignes directrices était d’obtenir gratuitement ce qu’elle devait payer par le passé.

[292] Quoi qu’il en soit, je ne modifierais pas la conclusion de la Cour selon laquelle ce facteur favorise l’Université, même si je reconnais que son effet est atténué.

5) L’effet de l’utilisation

[293] La Cour fédérale a commencé son examen de ce facteur en soulignant qu’il incombait à Access Copyright de démontrer les répercussions négatives de l’utilisation sur les créateurs et les éditeurs. La Cour a pris note de la mise en garde de la Cour suprême selon laquelle ce facteur n’est ni le seul ni le plus important.

[294] La Cour a considéré que l’arrêt *Alberta (Éducation)* était instructif. Dans cet arrêt, la Cour suprême a fait observer qu’une baisse des ventes, sans preuve d’un lien avec la photocopie de courts extraits, ne suffisait pas pour établir que la copie avait eu des répercussions inéquitables.

that there must be evidence of a link, that is a causal link, but stopped short of saying that Access Copyright had to show that it was the only or the dominant reason for the decline.

[295] The Court also thought it relevant that the Supreme Court of Canada found it difficult to see how teachers' copying competed with the market for textbooks, given its finding that the copying was limited to short excerpts from complementary textbooks which the school already owned.

[296] The Court compared that level of copying with the copying permitted and undertaken pursuant to the Guidelines which it described as a "mass and massive" [at paragraph 344] undertaking in which coursepacks and materials distributed via LMSs were the source material for classes. The source materials for these copies were portions of books, articles, journals and other works. The Court described this as the "manner" of modern education, which it did not attribute to York but found that such copying was not necessarily fair when no compensation is paid.

[297] The Court then summarized the evidence which it accepted as to the impact of the Guidelines or similar guidelines adopted by other institutions of higher learning:

- They contributed to a drop in sales and accelerated the drop in unit sales — up to 6.9 percent per year and 3.4 percent in revenues between 2012 and 2015. Precise allocation of the amounts attributable to the Guidelines is not possible, but it was a material contribution.
- They caused a loss of licensing income to creators and publishers as evidenced by the loss of licensing income. PwC calculated the range of loss to Access alone at between \$800,000 and \$1.2 million per year. [The Court previously accepted that the loss of revenue to Access was an appropriate surrogate for the

La Cour fédérale a conclu qu'il fallait prouver l'existence d'un lien, c'est-à-dire d'un lien de causalité, mais n'est pas allée jusqu'à dire qu'Access Copyright devait démontrer que la reproduction était la raison unique ou dominante du déclin.

[295] La Cour fédérale a également jugé pertinent le fait que la Cour suprême du Canada avait eu de la difficulté à voir comment les photocopies des enseignants pouvaient faire concurrence aux manuels sur le marché, étant donné sa conclusion selon laquelle les enseignants ne reproduisaient que de courts extraits de manuels complémentaires que l'école possédait déjà.

[296] La Cour fédérale a comparé ce niveau de reproduction avec la reproduction autorisée et faite au titre des Lignes directrices; elle a qualifié la reproduction à l'Université de « vaste entreprise à grande échelle » [au paragraphe 344] dans le cadre de laquelle les recueils de cours et le matériel distribués au moyen des SGA servaient de documentation de base aux cours. Ces copies étaient tirées d'importantes parties de livres, d'articles, de revues et d'autres œuvres. La Cour, après avoir dit de cette façon de faire qu'il s'agissait d'une « caractéristique » de l'enseignement moderne, sans toutefois en attribuer la faute à l'Université, a cependant conclu que cette reproduction n'était pas nécessairement équitable lorsqu'aucune compensation n'était versée.

[297] La Cour fédérale a ensuite résumé les éléments de preuve qu'elle a retenus quant aux répercussions des Lignes directrices ou de lignes directrices semblables adoptées par d'autres établissements d'enseignement supérieur :

- Elles ont contribué à une baisse des ventes et accéléré la baisse des ventes à l'unité — jusqu'à 6,9 p. 100 par année et 3,4 p. 100 en revenus entre 2012 et 2015. [Il est impossible de déterminer avec précision la part de cette baisse qui est attribuable aux Lignes directrices], mais il s'agit d'une contribution importante.
- Elles ont causé une perte de revenus tirés des licences pour les créateurs et les éditeurs comme la preuve le démontre à cet égard. PwC a calculé que la fourchette des pertes se situait entre 800 000 \$ et 1,2 M\$ par année pour Access uniquement. [La Cour a auparavant reconnu que la perte de revenus pour Access était un

nature and quantity of copying and for the negative impacts.]

- Actual and expected loss of licensing income resulting from the Guidelines has a negative impact on publishers. Licensing revenues represented about 20 percent of publishers’ revenues.
- Actual and expected loss of licensing income has a negative impact on creators. While the Writers’ Union survey had some problems, it confirmed the importance of licensing revenue to most writers and the materiality of a loss of revenue.
- On a balance of probability and recognizing the inherent unreliability of predicting the future, there is likely to be adverse long-term impacts of the Guidelines on investment, content, and quality.

(Reasons, at paragraph 351.)

[298] While much of this evidence is general, i.e. not specific to York, the Court accepted that it established the likelihood of negative impacts from York’s adoption of the Guidelines based on the “massive” amounts of copying in issue, the history of payments to Access Copyright prior to York’s “opting out” of the interim tariff and York’s size as the second-largest university in Ontario. The Court concluded, on the basis of all of the above, that “the Guidelines have caused and will cause material negative impacts on the market for which Access [Copyright] would otherwise have been compensated for York’s copying”: reasons, at paragraph 353. The Court found that these negative impacts pointed to unfairness.

[299] At paragraph 58 of its memorandum of fact and law, York asserts, without more, that the Federal Court erroneously concluded that Access Copyright’s evidence established the likelihood of negative market impacts from its Guidelines. York follows up by alleging that the

substitut adéquat à la nature et à la quantité des reproductions et aux répercussions négatives.]

- Les pertes réelles et attendues de revenus tirés des licences résultant des Lignes directrices ont des répercussions négatives sur les éditeurs. Les revenus tirés des licences représentent environ 20 p. 100 des revenus des éditeurs.
- Les pertes réelles et attendues de revenus tirés des licences ont des répercussions négatives sur les créateurs. Même si le sondage du Writers’ Union comportait quelques problèmes, il a confirmé l’importance des revenus tirés des licences pour la plupart des auteurs et l’importance d’une perte de revenus.
- Selon la prépondérance des probabilités et en reconnaissance du manque de fiabilité inhérent aux prédictions quant à l’avenir, des répercussions négatives à long terme des Lignes directrices sur les investissements, le contenu et la qualité sont probables.

(Décision de la Cour fédérale, au paragraphe 351.)

[298] Bien que ces éléments de preuve soient pour la plupart généraux, c’est-à-dire qu’ils ne concernent pas expressément l’Université, la Cour fédérale a reconnu qu’ils établissaient la probabilité que l’adoption des Lignes directrices par l’Université ait eu des répercussions négatives, compte tenu de la quantité « énorme » de copies en question, de l’historique des paiements à Access Copyright avant que l’Université « se soustraie » au tarif provisoire et de la taille de l’Université à titre de deuxième université en importance en Ontario. La Cour a conclu, sur le fondement de tout ce qui précède, que « les Lignes directrices ont causé et causeront des répercussions négatives importantes sur le marché sur lequel Access [Copyright] aurait autrement [obtenu compensation] pour la reproduction effectuée par [l’Université] » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 353. La Cour a estimé que ces répercussions négatives faisaient pencher la balance du côté du caractère inéquitable des Lignes directrices.

[299] Au paragraphe 58 de son mémoire des faits et du droit, l’Université affirme, sans rien ajouter, que la Cour fédérale a conclu à tort que les éléments de preuve d’Access Copyright établissaient la probabilité que les Lignes directrices de l’Université avaient des

Court used the wrong perspective when it took York's size into account when assessing the probability of negative impacts. York says that taking size into account will tend to disadvantage larger institutions.

[300] Lastly, York alleges that the Federal Court erred in holding that Access Copyright's loss of licensing revenue was an appropriate surrogate for the scope of copying and negative impacts. York alleges that the Court's approach was inconsistent with the Supreme Court's teaching in *CCH* [at paragraph 70] that "the availability of a licence is not relevant to deciding whether a dealing has been fair" as this would extend the copyright owner's monopoly and upset the balance between copyright holders' and users' rights.

[301] Access Copyright relies on the Federal Court's findings of fact as to the effect of the dealing, findings which are not challenged by York.

[302] The Supreme Court's analysis of the effect of the dealing in *CCH* is rather brief. In its review of the state of the law, at paragraph 59 of its reasons, the Supreme Court noted, first, that if the copied work is likely to compete with the market of the original work, this may suggest that the dealing is not fair. The Court then qualified this by observing that the effect of the dealing on the market is not the only nor the most important factor that a Court must consider in deciding if the dealing is fair.

[303] When applying the law to the facts of *CCH*, the Supreme Court commented that no evidence was tendered to show that the market for the publishers' works had diminished as a result of the Great Library's custom photocopying service. The only evidence of market impact was that the publishers continued to introduce new reporter series and legal publications during the period the service was in effect.

répercussions négatives. Elle poursuit en soutenant que la Cour n'a pas envisagé la question du bon point de vue lorsqu'elle a pris en compte la taille de l'Université pour évaluer la probabilité de répercussions négatives. Selon l'Université, la prise en compte de la taille tend à désavantager les grands établissements.

[300] Enfin, l'Université affirme que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la perte de revenus tirés des licences par Access Copyright était un substitut adéquat à l'ampleur de la reproduction et aux répercussions négatives. L'Université fait valoir que l'approche de la Cour était incompatible avec l'arrêt *CCH*, dans lequel la Cour suprême a déclaré [au paragraphe 70] que « [l]a possibilité d'obtenir une licence n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation », car cela accroîtrait le monopole du titulaire du droit d'auteur et bouleverserait l'équilibre entre les droits des titulaires de droits d'auteur et les intérêts des utilisateurs.

[301] Access Copyright s'appuie sur les conclusions de fait de la Cour fédérale quant à l'effet de l'utilisation, conclusions qui ne sont pas contestées par l'Université.

[302] L'analyse de la Cour suprême quant à l'effet de l'utilisation dans l'arrêt *CCH* est plutôt brève. Dans son examen de l'état du droit, au paragraphe 59 de ses motifs, la Cour suprême a d'abord fait observer que la concurrence que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre originale peut laisser croire que l'utilisation n'est pas équitable. Elle a ensuite précisé que l'effet de l'utilisation sur le marché n'est ni le seul facteur ni le facteur le plus important à prendre en compte pour décider si l'utilisation est équitable.

[303] En appliquant le droit aux faits dans l'arrêt *CCH*, la Cour suprême a affirmé qu'aucun élément de preuve n'avait été présenté pour établir que le service de photocopie de la Grande bibliothèque avait fait fléchir le marché des œuvres des éditeurs. La seule preuve relative à l'effet sur le marché était que les éditeurs avaient continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert.

[304] In *SOCAN*, the Supreme Court’s treatment of this issue consisted of two sentences. In the first place, the Court found that the short duration and degraded quality of the previews meant that it could hardly be said that they were in competition with downloads of the works. Secondly, since the effect of the previews was to increase sales (and remuneration for creators), the previews could not have had a negative impact on the market for the original works.

[305] In *Alberta (Education)*, the Supreme Court set aside the Board’s conclusion that the impact of copying competed with the original texts because textbook sales shrank by 30 percent in 20 years. The Court found that this evidence did not prove any causal link between the copying and the decrease in textbook sales. Furthermore, the likelihood of a causal link was remote because the copying in question was of short excerpts of a text which was already in the schools’ library.

[306] The facts of this case are significantly different than those of the cases considered by the Supreme Court in the Trilogy. The copying pursuant to the Guidelines is vastly more significant than it was in any of those cases. It involves significantly larger portions of the original works and allows for entire works to be copied simply on the basis of publication format. The Federal Court considered the evidence submitted by the parties and concluded that the effect of the dealing pointed to unfairness. None of York’s submissions are sufficient to show that the Court fell into palpable and overriding error on a question of fact or mixed fact and law.

(6) Nature of the work

[307] This factor did not figure in the Federal Court’s decision to any appreciable extent. The Court began by noting that this factor has not been held to be a determinative factor. After a discussion of the nature of the works copied under the aegis of the Guidelines, the

[304] Dans l’arrêt *SOCAN*, la Cour suprême a traité cette question en deux phrases. Premièrement, la Cour a estimé que, compte tenu de la courte durée des extraits et de leur piètre qualité, on pouvait difficilement leur reprocher de faire concurrence au téléchargement des œuvres. Deuxièmement, comme l’écoute préalable avait eu pour effet d’augmenter les ventes (et la rémunération des créateurs), on n’aurait pu lui attribuer d’incidence négative sur le marché des œuvres originales.

[305] Dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*, la Cour suprême a infirmé la conclusion de la Commission selon laquelle la reproduction faisait concurrence aux œuvres originales parce que les ventes de manuels scolaires avaient diminué de plus de 30 p. 100 en 20 ans. La Cour a conclu que cet élément de preuve ne permettait pas d’établir un lien de causalité entre la reproduction et la baisse des ventes de manuels scolaires. En outre, la probabilité qu’il y eût un lien de causalité était faible puisque la reproduction en question concernait de courts extraits de textes qui se trouvaient déjà dans la bibliothèque de l’école.

[306] Les faits en l’espèce sont sensiblement différents de ceux des affaires examinées par la Cour suprême dans la trilogie. La reproduction effectuée sous le régime des Lignes directrices est beaucoup plus importante que la reproduction dont il était question dans ces affaires. Elle concerne des parties nettement plus importantes des œuvres originales et les Lignes directrices autorisent la reproduction d’œuvres entières sur le seul critère du format de publication. La Cour fédérale a examiné les éléments de preuve présentés par les parties et a conclu que le facteur de l’effet de l’utilisation tendait vers le caractère inéquitable. Aucune des observations de l’Université ne suffit pour démontrer que la Cour a commis une erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

6) La nature de l’œuvre

[307] Ce facteur n’a pas été pris en compte de manière notable dans la décision de la Cour fédérale. Celle-ci a commencé par faire observer que ce facteur n’était pas considéré comme un facteur déterminant. Après une analyse de la nature des œuvres copiées sous l’égide des

nature of the industry, the economic interests of the creators and the public interest in dissemination of the original works, the Court concluded that this factor tended to the negative end of the fairness spectrum “due to the way in which the nature of the works is treated and the manner in which the Guidelines are applied”: reasons, at paragraph 338.

[308] York did not challenge this assessment in its memorandum of fact and law. Access Copyright limited itself to requesting that we not overlook the Federal Court’s findings. In the circumstances, and given the somewhat marginal character of this factor, it is sufficient for present purposes to take note of the Federal Court’s conclusion.

B. Conclusion on the counterclaim

[309] The prayer for relief of York’s counterclaim seeks a declaration that “any reproductions made that fall within the guidelines set out in York’s ‘Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)’ ... constitute fair dealing pursuant to sections 29, 29.1, or 29.2 of the *Copyright Act*”. It is apparent from this that the Guidelines are the heart of York’s position in this litigation.

[310] Given the relief which York sought, it was incumbent on it to justify the Guidelines themselves so as allow the Court to declare that reproductions that fall within the Guidelines are fair dealing. It has not done so.

[311] The Federal Court ruled that, having regard to the fairness factors set out in *CCH*, as developed in *SOCAN* and *Alberta (Education)*, York’s Guidelines did not ensure that copying that complied with them was necessarily fair dealing. In most instances, the Court found that fairness factors pointed in the direction of unfairness, markedly so in some cases.

Lignes directrices, de la nature de l’industrie, des intérêts économiques des créateurs et de l’intérêt du public dans la diffusion des œuvres originales, la Cour a conclu que ce facteur tendait vers l’extrémité négative du spectre du caractère équitable « en raison de la façon dont est abordée la nature des œuvres et la façon dont les Lignes directrices sont appliquées » : décision de la Cour fédérale, au paragraphe 338.

[308] L’Université n’a pas contesté cette conclusion dans son mémoire des faits et du droit. Access Copyright a simplement demandé qu’il soit tenu compte des conclusions de la Cour fédérale. Dans ces conditions, et compte tenu du caractère quelque peu secondaire de ce facteur, il suffira en l’espèce de prendre note de la conclusion de la Cour fédérale.

B. Conclusion sur la demande reconventionnelle

[309] Dans sa demande reconventionnelle, l’Université demande une déclaration selon laquelle [TRADUCTION] « les reproductions faites sous le régime des “Lignes directrices sur l’utilisation équitable à l’intention des professeurs et du personnel (13/12/11)” de l’Université [...] constituent une utilisation équitable en vertu des articles 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d’auteur* ». Il en ressort que les Lignes directrices sont au cœur de la thèse de l’Université en l’espèce.

[310] Compte tenu de la mesure demandée par l’Université, il lui incombait de justifier les Lignes directrices en tant que telles pour que la Cour puisse déclarer que les reproductions faites au titre des Lignes directrices constituent une utilisation équitable. Cependant, elle ne l’a pas fait.

[311] La Cour fédérale a décidé que, compte tenu des facteurs liés au caractère équitable énoncés dans l’arrêt *CCH*, selon l’analyse exposée dans les arrêts *SOCAN* et *Alberta (Éducation)*, les Lignes directrices de l’Université ne garantissaient pas que la reproduction effectuée conformément aux Lignes directrices constituait forcément une utilisation équitable. Dans la plupart des cas, la Cour a estimé que les facteurs liés au caractère équitable tendaient à montrer qu’il y avait iniquité, parfois de façon manifeste.

[312] York has not shown that the Federal Court erred in law in its understanding of the relevant factors or that it fell into palpable and overriding error in applying them to the facts. As a result, I would dismiss York’s appeal from the Federal Court’s judgment with respect to the counterclaim with costs.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

[312] L’Université n’a pas démontré que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en interprétant les facteurs pertinents ni qu’elle a commis une erreur manifeste et dominante en les appliquant aux faits. Je rejetterais donc, avec dépens, l’appel interjeté par l’Université contre la décision de la Cour fédérale à l’égard de sa demande reconventionnelle.

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

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d’accord.

A-159-19
2020 FCA 69

A-159-19
2020 CAF 69

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Democracy Watch (*Respondent*)

Démocratie en surveillance (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DEMOCRACY WATCH

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and Mactavish JJ.A.—Ottawa, December 12, 2019 and April 1, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Rennie et Mactavish, J.C.A.—Ottawa, 12 décembre 2019 et 1^{er} avril 2020.

Ethics — Appeal from Federal Court judgment granting respondent's judicial review application, setting aside Commissioner of Lobbying decision not to conduct investigation under Lobbying Act, s. 10.4(1) — Federal Court holding that Commissioner's decision that investigation not necessary to ensure compliance with Lobbying Act or Lobbyists' Code of Conduct both subject to judicial review, unreasonable — Prime Minister of Canada, Justin Trudeau, family, celebrating 2017 New Year on Caribbean island at invitation of Prince Shah Karim Al Hussaini (Aga Khan) — Private citizen filing complaint with Office of Commissioner of Lobbying, asserting that Aga Khan's gift violated Lobbying Act, Lobbyists' Code — Following internal review, Lobbyists' Code of Conduct held not to apply to Aga Khan's interactions with Prime Minister — Commissioner informing complainant of decision not to investigate — Federal Court concluding that scheme set out by Lobbying Act, Lobbyists' Code imposing obligation on Commissioner to receive, consider, investigate complaints originating from public — Whether decision sought to be set aside subject to judicial review — Federal Court Judge not bound by Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner (Democracy Watch 2009) — In that case, Court concluding there was no statutory right under Conflict of Interest Act for member of public to have complaint investigated — Democracy Watch 2009 not dispositive of result in present case — Question of whether Lobbying Act creating rights or obligations or causing prejudicial effects could only be determined through consideration of Lobbying Act itself, not another statute — Federal Court judge not erring in law when considering argument whether right of judicial review arising under Act on its own merits — As to whether decision at issue subject to judicial review, not all administrative action giving rise to right of review — No right of review arising where conduct attacked failing to affect rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects — Lobbying Act not creating

Éthique — Appel d'un jugement de la Cour fédérale dans lequel la Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et infirmé une décision de la commissaire au lobbying de ne pas mener d'enquête aux termes de l'art. 10.4(1) de la Loi sur le lobbying — La Cour fédérale a conclu que la décision de la commissaire, selon laquelle une enquête n'était pas nécessaire pour assurer le respect de la Loi sur le lobbying ou du Code de déontologie des lobbyistes, était à la fois susceptible de contrôle judiciaire et déraisonnable — Le premier ministre du Canada, Justin Trudeau, et sa famille avaient célébré le Nouvel An 2017 sur une île des Caraïbes à l'invitation du Prince Shah Karim Al Hussaini (l'Aga Khan) — Un citoyen a déposé une plainte auprès du Commissariat au lobbying, en affirmant que le cadeau de l'Aga Khan avait enfreint la Loi sur le lobbying et le Code de déontologie des lobbyistes — À la suite d'un examen interne, l'on a conclu que le Code de déontologie des lobbyistes ne s'appliquait pas aux rapports de l'Aga Khan avec le premier ministre — La commissaire a informé le plaignant de la décision de ne pas enquêter — La Cour fédérale a conclu que le régime établi par la Loi sur le lobbying et le Code de déontologie des lobbyistes imposait à la commissaire l'obligation de recevoir, d'examiner les plaintes émanant du public et d'enquêter sur celles-ci — Il s'agissait de savoir si la décision dont l'annulation était demandée était susceptible d'un contrôle judiciaire — Le juge de la Cour fédérale n'était pas lié par l'arrêt Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique (Démocratie en surveillance 2009) — Dans cette affaire, la Cour a conclu que rien dans la Loi sur les conflits d'intérêts ne conférait à un membre du public le droit de faire examiner sa plainte — L'arrêt Démocratie en surveillance 2009 n'était pas déterminant pour l'issue de l'espèce — La question de savoir si la Loi sur le lobbying confère des droits ou des obligations, ou entraîne des effets préjudiciables ne pouvait être tranchée que par l'examen de la Loi sur le lobbying elle-même, et non

right for member of public to have complaint investigated — Nothing in language of statute suggesting that Commissioner must investigate public's complaints — Parliament not establishing process, procedures, mechanisms or obligations for disposing of complaints from public — Where Parliament intends to create formal complaints procedure with concomitant duty on agent of Parliament to investigate, it does so expressly — Neither purpose of Lobbying Act nor language in introduction to Lobbyists' Code sufficient to justify reading in of public complaints process, concomitant right for members of public to have Commissioner of Lobbying investigate their complaints — Commissioner of Lobbying's decision not to investigate complaint brought by member of public not decision or order subject to judicial review — Therefore not necessary to consider reasonableness of Federal Court's decision — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court judgment granting the respondent's judicial review application and setting aside a decision of the Commissioner of Lobbying not to conduct an investigation under subsection 10.4(1) of the *Lobbying Act*. The Federal Court held that the Commissioner's decision that an investigation was not necessary to ensure compliance with the *Lobbying Act* or the *Lobbyists' Code of Conduct* was both subject to judicial review and unreasonable.

In January of 2017, the media reported that the Prime Minister of Canada, Justin Trudeau, and his family celebrated the New Year on a Caribbean island at the invitation of Prince Shah Karim Al Hussaini (Aga Khan). The vacation was a gift. Following the media report, a private citizen filed a complaint with the Office of the Commissioner of Lobbying, asserting that the Aga Khan's gift had violated the *Lobbying Act* and the *Lobbyists' Code*. The Office of the Commissioner of Lobbying began an internal review to assess whether it should conduct an investigation. The Director of Investigations recommended to the Commissioner that the file be closed without further investigation. In particular, it concluded that the *Lobbyists' Code* did not apply to the Aga Khan's interactions with the Prime Minister. The Commissioner agreed and informed the

d'une autre loi — Ce n'était pas une erreur de droit de la part du juge de la Cour fédérale d'examiner l'argument selon lequel un droit de contrôle judiciaire découlait de la Loi sur le lobbying sur le fond — En ce qui concerne la question de savoir si la décision en cause était susceptible d'un contrôle judiciaire, les actions administratives ne donnent pas toutes lieu à un droit de contrôle — Aucun droit de contrôle n'existe lorsque la conduite attaquée ne porte pas atteinte à des droits, n'impose pas d'obligations juridiques ou n'entraîne pas d'effets préjudiciables — La Loi sur le lobbying ne confère pas à un membre du public le droit de faire examiner une plainte — Rien dans le libellé de la Loi ne suggérerait que la commissaire doive enquêter sur les plaintes du public — Le législateur n'a établi aucun processus ou mécanisme ni aucune procédure ou obligation pour le traitement des plaintes du public — Lorsque le législateur a l'intention de créer une procédure de plainte officielle avec une obligation concomitante d'enquête pour un agent du Parlement, il le fait expressément — Ni l'objectif de la Loi sur le lobbying ni le libellé de l'introduction du Code de déontologie des lobbyistes n'étaient suffisants pour justifier l'interprétation d'une procédure de plainte du public et le droit concomitant des membres du public de demander à la commissaire au lobbying d'examiner leurs plaintes — La décision de la commissaire au lobbying de ne pas enquêter sur une plainte déposée par un membre du public n'était pas une décision ou une ordonnance susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire — Il n'était donc pas nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la décision de la Cour fédérale — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale dans lequel la Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et infirmé une décision de la commissaire au lobbying de ne pas mener d'enquête aux termes du paragraphe 10.4(1) de la *Loi sur le lobbying*. La Cour fédérale a conclu que la décision de la commissaire, selon laquelle une enquête n'était pas nécessaire pour assurer le respect de la *Loi sur le lobbying* ou du *Code de déontologie des lobbyistes*, était à la fois susceptible de contrôle judiciaire et déraisonnable.

En janvier 2017, les médias ont rapporté que le premier ministre du Canada, Justin Trudeau, et sa famille avaient célébré le Nouvel An sur une île des Caraïbes à l'invitation du Prince Shah Karim Al Hussaini (l'Aga Khan IV). Les vacances étaient un cadeau. À la suite de ce rapport des médias, un citoyen a déposé une plainte auprès du Commissariat au lobbying, en affirmant que le cadeau de l'Aga Khan avait enfreint la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes*. Le Commissariat au lobbying a entamé un examen interne pour déterminer s'il devait mener une enquête. Le directeur des enquêtes a recommandé à la commissaire de clore le dossier sans enquête supplémentaire. Plus particulièrement, il a conclu que le *Code de déontologie des lobbyistes* ne s'appliquait pas aux rapports de l'Aga Khan avec le premier ministre. La

complainant of the decision not to investigate. The respondent commenced a judicial review application to set aside the decision not to pursue an investigation in respect of the complaint. After a review of the Commissioner's investigative powers and duties, the Federal Court concluded that the scheme set out by the *Lobbying Act* and the Lobbyists' Code imposed an obligation on the Commissioner to receive, consider and investigate complaints originating from the public.

The appellant made two principle arguments on appeal. The first was that because the *Lobbying Act*, like the *Conflict of Interest Act*, fails to create a statutory right for a member of the public to have their complaint investigated, the Federal Court was bound by the Federal Court of Appeal's previous decision in *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner* (*Democracy Watch* 2009) and that it was an error of law for the Federal Court not to follow a binding authority. In that case, the Court concluded that there was no statutory right under the *Conflict of Interest Act* for a member of the public to have their complaint investigated. The Ethics Commissioner, in turn, had no statutory duty to act upon that complaint. Because the *Conflict of Interest Act* did not create a right for a member of the public to have their complaint investigated, the Ethics Commissioner's decision not to investigate was not an order or decision amenable to judicial review. The appellant's second argument highlighted the fact that the Lobbyists' Code, though it encourages the public to bring forward information, is not a statutory instrument that compels the investigation of complaints or creates legal rights. The appellant encouraged the distinction between the process of gathering information provided for by the *Lobbying Act* and the Lobbyists' Code and a statutory complaints process sufficiently robust to create rights.

The respondent, in turn, highlighted the legislative history of the *Lobbying Act*, emphasising the manner in which Parliament has expanded the mandate and investigative powers of the Commissioner and lowered the threshold to commence an investigation. The respondent also emphasized that the Lobbyists' Code encourages "anyone" to bring information to the attention of the Commissioner. Finally, the respondent argued that the loss of public trust that flowed from the Commissioner's decision that the Aga Khan was not subject to the *Lobbying Act* or the Lobbyists' Code was a consequence sufficient to trigger a right of judicial review.

At issue was whether the decision sought to be set aside was subject to judicial review.

commissaire en a convenu et a informé le plaignant de la décision de ne pas enquêter. L'intimée a présenté une demande de contrôle judiciaire pour annuler la décision de ne pas poursuivre une enquête concernant la plainte. Après un examen des pouvoirs et des devoirs d'enquête de la commissaire, la Cour fédérale a conclu que le régime établi par la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes* imposait à la commissaire l'obligation de recevoir, d'examiner et d'enquêter sur les plaintes émanant du public.

L'appelant a fait valoir deux arguments de principe en appel. Selon le premier argument, puisque la *Loi sur le lobbying*, à l'instar de la *Loi sur les conflits d'intérêts*, ne confère pas un droit à un membre du public de faire examiner sa plainte, la Cour fédérale était liée par le jugement précédent de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique* (*Démocratie en surveillance* 2009) et que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ne suivant pas une décision contraignante. Dans cette affaire, la Cour a conclu que rien dans la *Loi sur les conflits d'intérêts* ne conférerait à un membre du public le droit de faire examiner sa plainte. Le commissaire à l'éthique, quant à lui, n'avait pas d'obligation en vertu de la loi à donner suite à la plainte. Comme la *Loi sur les conflits d'intérêts* ne conférerait pas à un membre du public le droit de faire examiner sa plainte, la décision de la commissaire à l'éthique de ne pas enquêter n'était pas une ordonnance ou une décision susceptible de contrôle judiciaire. L'appelant a souligné dans son deuxième argument le fait que le *Code de déontologie des lobbyistes*, bien qu'il encourage le public à fournir des renseignements, n'est pas un texte réglementaire disposant qu'une enquête doit être menée lorsqu'il y a plainte ou conférant des droits légaux. L'appelant a encouragé la Cour à faire la distinction entre le processus de collecte de renseignements prévu par la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes*, et un processus de plainte réglementaire suffisamment solide pour conférer des droits.

L'intimée, à son tour, a mis en lumière l'historique législatif de la *Loi sur le lobbying*, en soulignant la manière dont le législateur a élargi le mandat et les pouvoirs d'enquête de la commissaire et abaissé le seuil d'ouverture d'une enquête. L'intimée a souligné également que le *Code de déontologie des lobbyistes* encourage « [t]oute personne » à porter des renseignements à l'attention de la commissaire. Enfin, l'intimée a fait valoir que la perte de confiance du public qui découlait de la décision de la commissaire, selon laquelle l'Aga Khan n'est pas soumis à la *Loi sur le lobbying* ou au *Code de déontologie des lobbyistes*, était une conséquence suffisante pour déclencher un droit de contrôle judiciaire.

Il s'agissait de savoir si la décision dont l'annulation était demandée était susceptible d'un contrôle judiciaire.

Held, the appeal should be allowed.

With respect to the appellant's first argument, in this case, the Federal Court Judge was not bound by *Democracy Watch* 2009. While the scheme of the *Conflict of Interest Act* is analogous, there are differences between the two Acts. The language governing investigations in subsection 10.4(1) of the *Lobbying Act* is mandatory, while the language in subsection 45(1) of the *Conflict of Interest Act* is permissive. However, mandatory language does not necessarily translate into a reviewable order or decision amenable to judicial review. While *Democracy Watch* 2009 was certainly instructive and contained guidance as to the criteria that the judge should consider in assessing whether the decision not to investigate gave rise to judicial review, it was not dispositive of the result in this case. The question whether the *Lobbying Act* creates rights or obligations or causes prejudicial effects could only be determined through consideration of the Act itself, not another statute. It was not an error of law on the part of the Federal Court judge to consider the argument whether a right of judicial review arose under the *Lobbying Act* on its own merits.

As to the appellant's second argument, not all administrative action gives rise to a right of review. No right of review arises where the conduct attacked fails to affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects. The *Lobbying Act* does not create a right for a member of the public to have a complaint investigated. There was nothing in the language of the statute to suggest that the Commissioner must investigate the public's complaints. Parliament has established no process, procedures, mechanisms or obligations for disposing of complaints from the public. To the contrary, an investigation is required where the Commissioner has reason to believe, including on the basis of information received from a member of the Senate or the House of Commons, that an investigation is necessary to ensure compliance with the Lobbyists' Code or the *Lobbying Act*. A line in the introduction to the Lobbyists' Code which encourages the gathering of information is insufficient to create a decision which is subject to judicial review. Parliament placed an affirmative obligation on the Commissioner to investigate complaints that arise from Parliamentarians but the *Lobbying Act* is silent with respect to information received from the public. There is no requirement to issue any decision or to take any action with respect to information arising from the public.

Where Parliament intends to create a formal complaints procedure with a concomitant duty on an agent of Parliament to investigate, it does so expressly. In light of the language in the statutes examined herein and the fact that similar language is

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

En ce qui concerne le premier argument de l'appelant, en l'espèce, le juge de la Cour fédérale n'était pas lié par l'arrêt *Démocratie en surveillance* 2009. Le régime de la *Loi sur les conflits d'intérêts* est analogue, mais il existe des différences entre les deux lois. Le libellé régissant les enquêtes au paragraphe 10.4(1) de la *Loi sur le lobbying* est obligatoire, tandis que le libellé du paragraphe 45(1) de la *Loi sur les conflits d'intérêts* est permissif. Toutefois, le libellé obligatoire ne rend pas nécessairement une ordonnance ou une décision susceptible de contrôle judiciaire. Quoique l'arrêt *Démocratie en surveillance* 2009 était certainement instructif et qu'il contenait des indications sur les critères que le juge devrait prendre en compte pour déterminer si la décision de ne pas enquêter était susceptible d'un contrôle judiciaire, il n'était pas déterminant pour l'issue de l'espèce. La question de savoir si la *Loi sur le lobbying* confère des droits ou des obligations, ou entraîne des effets préjudiciables, ne peut être tranchée que par l'examen de la *Loi sur le lobbying* elle-même, et non d'une autre loi. Ce n'était pas une erreur de droit de la part du juge de la Cour fédérale d'examiner l'argument selon lequel un droit de contrôle judiciaire découlait de la *Loi sur le lobbying* sur le fond.

En ce qui concerne le deuxième argument de l'appelant, les actions administratives ne donnent pas toutes lieu à un droit de contrôle. Aucun droit de contrôle n'existe lorsque la conduite attaquée ne porte pas atteinte à des droits, n'impose pas d'obligations juridiques ou n'entraîne pas d'effets préjudiciables. La *Loi sur le lobbying* ne confère pas à un membre du public le droit de faire examiner une plainte. Rien dans le libellé de la Loi ne suggérait que la commissaire doive enquêter sur les plaintes du public. Le législateur n'a établi aucun processus ou mécanisme ni aucune procédure ou obligation pour le traitement des plaintes du public. Au contraire, une enquête est nécessaire lorsque la commissaire a des raisons de croire, notamment sur la base de renseignements reçus d'un membre du Sénat ou de la Chambre des communes, qu'une enquête est nécessaire pour assurer le respect du *Code de déontologie des lobbyistes* ou de la *Loi sur le lobbying*. Une décision ne peut être susceptible de contrôle judiciaire en raison d'une seule ligne dans l'introduction du *Code de déontologie des lobbyistes* qui encourage la collecte de renseignements. Le législateur a imposé à la commissaire une obligation positive d'enquêter sur les plaintes émanant des parlementaires, mais la *Loi sur le lobbying* est muette en ce qui concerne les renseignements reçus du public. Il n'est pas nécessaire de rendre une décision ou de prendre des mesures concernant les renseignements provenant du public.

Lorsque le législateur a l'intention de créer une procédure de plainte officielle avec une obligation concomitante d'enquête pour un agent du Parlement, il le fait expressément. Compte tenu du libellé des lois examinées en l'espèce et du

notably absent from the *Lobbying Act* and the Lobbyists' Code, the lobbying regime does not establish a public complaints process. The solicitation of information from the general public, does not, in and of itself, create rights for those who provide information where they are not directly affected by the outcome. It is not the role of a court to ascribe an intention to Parliament where that intention is not clear. Neither the purpose of the *Lobbying Act* nor the language in the introduction to the Lobbyists' Code was sufficient to justify the reading in of a public complaints process and the concomitant right for members of the public to have the Lobbying Commissioner investigate their complaints. The Lobbying Commissioner's decision not to investigate a complaint brought by a member of the public was not a decision or order subject to judicial review. It was therefore not necessary to consider the reasonableness of the Federal Court's decision.

fait qu'un libellé similaire est notamment absent de la *Loi sur le lobbying* et du *Code de déontologie des lobbyistes*, le régime de lobbying n'établit pas de procédure de plainte du public. La sollicitation de renseignements auprès du grand public ne confère pas, en soi, de droits pour ceux qui fournissent des renseignements lorsqu'ils ne sont pas directement concernés par le résultat. Il n'appartient pas à un tribunal d'attribuer une intention au Parlement lorsque cette intention n'est pas claire. Ni l'objectif de la *Loi sur le lobbying* ni le libellé de l'introduction du *Code de déontologie des lobbyistes* n'étaient suffisants pour justifier l'interprétation d'une procédure de plainte du public et le droit concomitant des membres du public de demander à la commissaire au lobbying d'examiner leurs plaintes. La décision de la commissaire au lobbying de ne pas enquêter sur une plainte déposée par un membre du public n'était pas une décision ou une ordonnance susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Il n'était donc pas nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la décision de la Cour fédérale.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 30(1).
Conflict of Interest Act, S.C. 2006, c. 9, s. 2, ss. 44(1),(4), 45(1).
Lobbying Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44, ss. 5(1), 7(1), 10.4(1),(1.1).
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 58(1),(2),(4),(5).
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 29(1), 30, 35(2).
Public Servants Disclosure Protection Act, S.C. 2005, c. 46, ss. 19.4(1),(2),(3), 22(i), 24(3).
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22.

CASES CITED

DISTINGUISHED:

Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner, 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149.

CONSIDERED:

Democracy Watch v. Canada (Attorney General), 2018 FCA 194, 428 D.L.R. (4th) 739.

REFERRED TO:

Sganos v. Canada (Attorney General), 2018 FCA 84; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *TELUS*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005, ch. 46, art. 19.4(1),(2),(3), 22i), 24(3).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 29(1), 30, 35(2).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 30(1).
Loi sur le lobbying, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 44, art. 5(1), 7(1), 10.4(1),(1.1).
Loi sur les conflits d'intérêts, L.C. 2006, ch. 9, art. 2, art. 44(1),(4), 45(1).
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 58(1),(2),(4),(5).
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, 2009 CAF 15.

DÉCISION EXAMINÉE :

Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général), 2018 CAF 194.

DÉCISIONS CITÉES :

Sganos c. Canada (Procureur général), 2018 CAF 84; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010]

Communications Inc. v. Wellman, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144.

2 R.C.F. 488; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144.

AUTHORS CITED

Office of the Commissioner of Lobbying of Canada. *Lobbyists' Code of Conduct*, 2015.

DOCTRINE CITÉE

Commissariat au lobbying du Canada. *Code de déontologie des lobbyistes*, 2015.

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 388) granting the respondent's judicial review application and setting aside a decision of the Commissioner of Lobbying not to conduct an investigation under subsection 10.4(1) of the *Lobbying Act*. Appeal allowed.

APPEL d'un jugement de la Cour fédérale (2019 CF 388), dans lequel la Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et infirmé une décision de la commissaire au lobbying de ne pas mener d'enquête aux termes du paragraphe 10.4(1) de la *Loi sur le lobbying*. Appel accueilli.

APPEARANCES

Alexander Gay for appellant.
Sebastian Spano for respondent.

ONT COMPARU :

Alexander Gay pour l'appellant.
Sebastian Spano pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Spano Law, Ottawa, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l'appellant.
Spano Law, Ottawa, pour l'intimée.

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.:

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

I. Introduction

[1] The Attorney General of Canada appeals from a judgment of the Federal Court (2019 FC 388, *per* Gleeson J.), in which the Court granted the respondent's judicial review application and set aside a decision of the Commissioner of Lobbying not to conduct an investigation under subsection 10.4(1) of the *Lobbying Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44. The Federal Court held that the Commissioner's decision that an investigation was not necessary to ensure compliance with the *Lobbying Act* or the *Lobbyists' Code of Conduct* [Lobbyists' Code] was both subject to judicial review and unreasonable.

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

I. Introduction

[1] Le procureur général du Canada interjette appel d'un jugement de la Cour fédérale (2019 CF 388, par le juge Gleeson), dans lequel la Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et infirmé une décision de la commissaire au lobbying de ne pas mener d'enquête aux termes du paragraphe 10.4(1) de la *Loi sur le lobbying*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 44. La Cour fédérale a conclu que la décision de la commissaire, selon laquelle une enquête n'était pas nécessaire pour assurer le respect de la *Loi sur le lobbying* ou du *Code de déontologie des lobbyistes*, était à la fois susceptible de contrôle judiciaire et déraisonnable.

[2] Pour les motifs suivants, j'accueillerais l'appel.

[3] The circumstances that gave rise to the application may be briefly stated. In January of 2017, the media reported that the Prime Minister of Canada, Justin Trudeau, and his family celebrated the New Year on a Caribbean island at the invitation of Prince Shah Karim Al Hussaini (the Aga Khan IV). The vacation was a gift.

[4] Following the media report, a private citizen filed a complaint with the Office of the Commissioner of Lobbying, asserting that the Aga Khan's gift had violated the *Lobbying Act* and the Lobbyists' Code. An acknowledgement letter was mailed to the complainant.

[5] The Office of the Lobbying Commissioner began an internal review to assess whether it should conduct an investigation. In a memorandum of September 13, 2017, the Director of Investigations recommended to the Commissioner that the file be closed without further investigation. In a short and somewhat cryptic memorandum, the Director found:

... no evidence to indicate that Prince Shah Karim Al Hussaini, Aga Khan IV, is remunerated for his work with the [Aga Khan Foundation Canada] and, therefore, that he was engaged in registrable lobbying activity during the Prime Minister's Christmas vacation.

Consequently, the *Lobbyists' Code of Conduct* does not apply to the Aga Khan's interactions with the Prime Minister.

[6] The Commissioner agreed. The reasons for the decision were not announced to the public, but the Commissioner informed the complainant of the decision not to investigate. I note, parenthetically, that the Aga Khan Foundation itself is a registered lobbyist under the *Lobbying Act*. The Aga Khan sits on the Board of the Aga Khan Foundation, but his position is unpaid. He is a volunteer.

[7] Democracy Watch commenced a judicial review application to set aside the decision not to pursue an investigation in respect of the complaint.

[3] Les circonstances qui ont donné lieu à la demande peuvent être brièvement exposées. En janvier 2017, les médias ont rapporté que le premier ministre du Canada, Justin Trudeau, et sa famille avaient célébré le Nouvel An sur une île des Caraïbes à l'invitation du Prince Shah Karim Al Hussaini (l'Aga Khan IV). Les vacances étaient un cadeau.

[4] À la suite de ce rapport des médias, un citoyen a déposé une plainte auprès du Commissariat au lobbying, en affirmant que le cadeau de l'Aga Khan avait enfreint la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes*. Un accusé de réception a été envoyé au plaignant.

[5] Le Commissariat au lobbying a entamé un examen interne pour déterminer s'il devait mener une enquête. Dans une note de service du 13 septembre 2017, le directeur des enquêtes a recommandé à la commissaire de clore le dossier sans enquête supplémentaire. Dans une note de service courte et quelque peu cryptique, le directeur a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] aucune preuve indiqu[e] que le Prince Shah Karim Al Hussaini, l'Aga Khan IV, est rémunéré pour son travail au sein de la [Fondation Aga Khan Canada], il ne s'est donc livré à aucune activité de lobbying enregistrable durant les vacances de Noël du premier ministre.

Par conséquent, le *Code de déontologie des lobbyistes* ne s'applique pas aux rapports de l'Aga Khan avec le premier ministre.

[6] La commissaire en a convenu. Les motifs de la décision n'ont pas été annoncés au public, mais la commissaire a informé le plaignant de la décision de ne pas enquêter. Je note, en passant, que la Fondation Aga Khan elle-même est un lobbyiste enregistré aux termes de la *Loi sur le lobbying*. L'Aga Khan siège au conseil d'administration de la Fondation Aga Khan, mais son poste n'est pas rémunéré. Il est bénévole.

[7] Démocratie en surveillance a présenté une demande de contrôle judiciaire pour annuler la décision de ne pas poursuivre une enquête concernant la plainte.

[8] After a review of the Commissioner's investigative powers and duties, the Federal Court concluded that the scheme set out by the *Lobbying Act* and the Lobbyists' Code imposed an obligation on the Commissioner to receive, consider and investigate complaints originating from the public. In reaching this conclusion, the Court relied in part on the introduction to the Lobbyists' Code, which states [at page 2] that "[a]nyone suspecting non-compliance with the Code should forward information to the Commissioner".

[9] The purpose of the *Lobbying Act* also played a role in the Federal Court's analysis. The judge concluded that the exhortation in the Code that the public provide information, combined with a "duty" on the part of the Lobbying Commissioner to review, consider and render a decision on information brought forward by the public furthered the important public purposes of the Act: to enhance public trust and confidence in the integrity of government decision-making. These factors led to a conclusion that legal rights were affected by a decision not to investigate under subsection 10.4(1) of the *Lobbying Act*. The Commissioner's decision not to investigate further was therefore amenable to judicial review.

II. The Arguments before this Court

[10] The appellant makes two principle arguments.

[11] The first is that because the *Lobbying Act*, like the *Conflict of Interest Act*, S.C. 2006, c. 9, s. 2, fails to create a statutory right for a member of the public to have their complaint investigated, the Federal Court was bound by this Court's previous decision in *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149 (*Democracy Watch* 2009) and that it was an error of law for the Federal Court not to follow a binding authority.

[12] At issue in that appeal was whether the Conflict of Interest and Ethics Commissioner's decision not to begin an investigation under subsection 45(1) of the *Conflict of*

[8] Après un examen des pouvoirs et des devoirs d'enquête de la commissaire, la Cour fédérale a conclu que le régime établi par la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes* imposait à la commissaire l'obligation de recevoir, d'examiner les plaintes émanant du public et d'enquêter sur celles-ci. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'est appuyée en partie sur l'introduction du *Code de déontologie des lobbyistes* [à la page 2], qui dispose que « Toute personne soupçonnant le non-respect du *Code* devrait communiquer l'information à la commissaire ».

[9] L'objectif de la *Loi sur le lobbying* a également joué un rôle dans l'analyse de la Cour fédérale. Le juge a conclu que l'exhortation du Code que le public fournisse des renseignements, jumelée à un « devoir » de la commissaire au lobbying d'examiner, de prendre en considération les renseignements fournis par le public et de rendre une décision à cet égard, favorisait les objectifs publics importants de la Loi : renforcer la confiance du public dans l'intégrité du processus décisionnel du gouvernement. Ces facteurs ont conduit à la conclusion que les droits légaux étaient affectés par une décision de ne pas enquêter aux termes du paragraphe 10.4(1) de la *Loi sur le lobbying*. La décision de la commissaire de ne pas poursuivre l'enquête était donc susceptible de contrôle judiciaire.

II. Arguments devant la Cour

[10] L'appelant fait valoir deux arguments de principe.

[11] Selon le premier argument, puisque la *Loi sur le lobbying*, à l'instar de la *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006, ch. 9, art. 2, ne confère pas un droit à un membre du public de faire examiner sa plainte, la Cour fédérale était liée par le jugement précédent de notre Cour dans l'arrêt *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique*, 2009 CAF 15 (*Démocratie en surveillance* 2009) et que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ne suivant pas une décision contraignante.

[12] Dans cet appel, la question portait à savoir si la décision de la commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique de ne pas ouvrir d'enquête aux termes du

Interest Act, when a member of the public had requested an investigation, was amenable to judicial review.

[13] This Court concluded that there was no statutory right under the *Conflict of Interest Act* for a member of the public to have their complaint investigated. The Ethics Commissioner, in turn, had no statutory duty to act upon that complaint (*Democracy Watch* 2009, at paragraph 11). Because the *Conflict of Interest Act* did not create a right for a member of the public to have their complaint investigated, the Ethics Commissioner's decision not to investigate was not an order or decision amenable to judicial review. The Court also noted that the Ethics Commissioner had not made any statements in her letter that could have binding legal effect (at paragraph 12).

[14] In this case, the Federal Court Judge was not bound by *Democracy Watch* 2009. I agree with the respondent that while the scheme is analogous, there are differences between the two Acts. The language governing investigations in subsection 10.4(1) of the *Lobbying Act* is mandatory, while the language in subsection 45(1) of the *Conflict of Interest Act* is permissive. While this would seem, as a matter of first impression, to favour the respondent, this Court pointed out in *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 194, 428 D.L.R. (4th) 739, at paragraph 29 that mandatory language does not necessarily translate into a reviewable order or decision amenable to judicial review.

[15] While *Democracy Watch* 2009 is certainly instructive and contains guidance as to the criteria that the judge should consider in assessing whether the decision not to investigate gave rise to judicial review, it is not dispositive of the result in this case. The question whether the *Lobbying Act* creates rights or obligations, or causes prejudicial effects, can only be determined through consideration of the *Lobbying Act* itself, not another statute. It was not an error of law on the part of the judge to consider the argument whether a right of judicial review arose under the *Lobbying Act* on its own merits.

paragraphe 45(1) de la *Loi sur les conflits d'intérêts*, alors qu'un membre du public avait demandé une enquête, pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[13] Notre Cour a conclu que rien dans la *Loi sur les conflits d'intérêts* ne confère à un membre du public le droit de faire examiner sa plainte. Le commissaire à l'éthique, quant à lui, n'avait pas d'obligation en vertu de la loi à donner suite à la plainte (*Démocratie en surveillance* 2009, au paragraphe 11). Comme la *Loi sur les conflits d'intérêts* ne confère pas à un membre du public le droit de faire examiner sa plainte, la décision de la commissaire à l'éthique de ne pas enquêter n'est pas une ordonnance ou une décision susceptible de contrôle judiciaire. La Cour a également noté que la commissaire à l'éthique n'a pas fait des déclarations dans sa lettre qui auraient pu avoir un effet juridique obligatoire (au paragraphe 12).

[14] En l'espèce, le juge de la Cour fédérale n'était pas lié par l'arrêt *Démocratie en surveillance* 2009. Je suis d'accord avec l'intimée sur le fait que le régime est analogue, mais il existe des différences entre les deux lois. Le libellé régissant les enquêtes au paragraphe 10.4(1) de la *Loi sur le lobbying* est obligatoire, tandis que le libellé du paragraphe 45(1) de la *Loi sur les conflits d'intérêts* est permissif. Bien que cela semble, à première vue, favoriser l'intimée, notre Cour a souligné dans l'arrêt *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 194, au paragraphe 29, que le libellé obligatoire ne rend pas nécessairement une ordonnance ou une décision susceptible de contrôle judiciaire.

[15] Quoique l'arrêt *Démocratie en surveillance* 2009 est certainement instructif et qu'il contient des indications sur les critères que le juge devrait prendre en compte pour déterminer si la décision de ne pas enquêter est susceptible d'un contrôle judiciaire, il n'est pas déterminant pour l'issue de l'espèce. La question de savoir si la *Loi sur le lobbying* confère des droits ou des obligations, ou entraîne des effets préjudiciables, ne peut être tranchée que par l'examen de la *Loi sur le lobbying* elle-même, et non d'une autre loi. Ce n'était pas une erreur de droit de la part du juge d'examiner l'argument selon lequel un droit de contrôle judiciaire découlait de la *Loi sur le lobbying* sur le fond.

[16] I turn to the appellant's second argument.

[17] The appellant highlights the fact that the Lobbyists' Code, though it encourages the public to bring forward information, is not a statutory instrument that compels the investigation of complaints or creates legal rights. The appellant encourages this Court to distinguish between the process of gathering information provided for by the *Lobbying Act* and the Lobbyists' Code, and a statutory complaints process sufficiently robust to create rights. To this end, the appellant juxtaposes the lobbying regime with other statutes in which Parliament uses express language to create a statutory mechanism for the investigation of complaints by agents of Parliament.

[18] The respondent, in turn, highlights the legislative history of the *Lobbying Act*, emphasising the manner in which Parliament has, through a series of legislative reforms commencing in 1988, expanded the mandate and investigative powers of the Commissioner and lowered the threshold to commence an investigation. The respondent also emphasizes that the Lobbyists' Code encourages "anyone" to bring information to the attention of the Commissioner. Finally, the respondent argues that the loss of public trust that flows from the Commissioner's decision that the Aga Khan is not subject to the *Lobbying Act* or the Lobbyists' Code is a consequence sufficient to trigger a right of judicial review. According to the respondent, consequences need not be legal to trigger a right of review.

[19] As in all judicial review applications, the Court must first decide whether the decision sought to be set aside is subject to judicial review. Not all administrative action gives rise to a right of review. There are many circumstances where an administrative body's conduct will not trigger a right to judicial review. Some decisions are simply not justiciable, crossing the boundary from the legal to the political. Others may be justiciable but there may be an adequate alternative remedy. No right of review arises where the conduct attacked fails to

[16] Passons maintenant au deuxième argument de l'appellant.

[17] L'appellant souligne le fait que le *Code de déontologie des lobbyistes*, bien qu'il encourage le public à fournir des renseignements, n'est pas un texte réglementaire disposant qu'une enquête doit être menée lorsqu'il y a une plainte ou conférant des droits légaux. L'appellant encourage notre Cour à faire la distinction entre le processus de collecte de renseignements prévu par la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes*, et un processus de plainte réglementaire suffisamment solide pour conférer des droits. À cette fin, l'appellant juxtapose le régime de lobbying avec d'autres lois dans lesquelles le législateur utilise un libellé exprès pour créer un mécanisme réglementaire d'enquête sur les plaintes par des agents du Parlement.

[18] L'intimée, à son tour, met en lumière l'historique législatif de la *Loi sur le lobbying*, en soulignant la manière dont le législateur a, par une série de réformes législatives commençant en 1988, élargi le mandat et les pouvoirs d'enquête de la commissaire et abaissé le seuil d'ouverture d'une enquête. L'intimée souligne également que le *Code de déontologie des lobbyistes* encourage « Toute personne » à porter des renseignements à l'attention de la commissaire. Enfin, l'intimée fait valoir que la perte de confiance du public qui découle de la décision de la commissaire, selon laquelle l'Aga Khan n'est pas soumis à la *Loi sur le lobbying* ou au *Code de déontologie des lobbyistes*, est une conséquence suffisante pour déclencher un droit de contrôle judiciaire. Selon l'intimée, il n'est pas nécessaire que les conséquences soient légales pour déclencher un droit de contrôle.

[19] Comme dans toute demande de contrôle judiciaire, la Cour doit d'abord décider si la décision dont l'annulation est demandée est susceptible d'un contrôle judiciaire. Les actions administratives ne donnent pas toutes lieu à un droit de contrôle. Il existe beaucoup de circonstances dans lesquelles la conduite d'un organe administratif ne déclenchera pas un droit de contrôle judiciaire. Certaines décisions ne sont tout simplement pas justiciables, car elles franchissent la frontière du juridique au politique. D'autres peuvent être justiciables, mais il peut

affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects (*Sganos v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 84, at paragraph 6; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, at paragraph 29; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; and *Democracy Watch* 2009, referred to above).

[20] It is this latter criterion that is the focus of this appeal. The answer to the question whether the *Lobbying Act* affects rights, imposes obligations or causes prejudicial effects requires a careful examination of the legislation in question. As the issue is one of statutory interpretation, the standard of review is correctness (*TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at paragraph 30).

III. The Legislative Regime

[21] The over-arching purpose of the *Lobbying Act* is to ensure transparency and accountability in the lobbying of public office holders and consequentially increase public confidence in the integrity of government decision-making. To that end, it establishes the Office of the Commissioner of Lobbying. The Commissioner reports directly to Parliament through the Speaker of the House of Commons and the Speaker of the Senate. The Commissioner's mandate includes the maintenance of a publically accessible system for the registration of paid lobbyists. The Act authorizes the Commissioner to craft policies which give guidance to lobbyists and public office holders about appropriate conduct.

[22] The Act recognizes two categories of lobbyists: in-house lobbyists and consultant lobbyists. Both are required to file returns with the Commissioner setting out various details relating to their activities. The legislative provisions are found in the appendix at the conclusion of these reasons.

y avoir un autre recours adéquat. Aucun droit de contrôle n'existe lorsque la conduite attaquée ne porte pas atteinte à des droits, n'impose pas d'obligations juridiques ou n'entraîne pas d'effets préjudiciables (*Sganos c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 84, au paragraphe 6; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605, au paragraphe 29; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; et *Démocratie en surveillance* 2009, précité).

[20] C'est ce dernier critère qui est au centre du présent appel. La réponse à la question de savoir si la *Loi sur le lobbying* affecte les droits, impose des obligations ou entraîne des effets préjudiciables nécessite un examen attentif de la loi en question. Comme il s'agit d'une question d'interprétation législative, la norme de contrôle est celle de la décision correcte (*TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, au paragraphe 30).

III. Le régime législatif

[21] L'objectif principal de la *Loi sur le lobbying* est d'assurer la transparence et la responsabilité dans le lobbying des titulaires de charges publiques et, par conséquent, d'accroître la confiance du public dans l'intégrité du processus décisionnel du gouvernement. À cette fin, elle crée le Commissariat au lobbying. Le commissaire rend directement compte au législateur par l'entremise du président de la Chambre des communes et du président du Sénat. Le mandat du commissaire comprend la tenue à jour d'un système accessible au public pour l'enregistrement des lobbyistes rémunérés. La Loi autorise le commissaire à élaborer des politiques qui renseignent les lobbyistes et les titulaires de charges publiques sur la conduite à adopter.

[22] La Loi reconnaît deux catégories de lobbyistes : les lobbyistes salariés et les lobbyistes-conseils. Tous deux sont tenus de déposer auprès du commissaire des déclarations exposant divers détails relatifs à leurs activités. Les dispositions législatives se trouvent en annexe à la fin des présents motifs.

[23] A consultant lobbyist is an individual who, on behalf of any person or organization, for payment, communicates with public office holders for enumerated purposes or arranges meetings between a public officer holder and any other individual.

[24] An individual is an in-house lobbyist where the individual is employed by a corporation or organization and their duties include communication with public office holders for enumerated purposes. The communication must constitute a significant part of the duties of an employee or would constitute a significant part of the duties of an employee if it was performed by only one employee (subsections 5(1) and 7(1)). The Act requires the Commissioner to promulgate the Lobbyists' Code, which provides guidance as to appropriate and inappropriate conduct. The Code applies to all persons required to register under the Act. While the Code is not a statutory instrument as defined by the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, it imposes obligations on lobbyists, a breach of which can result in a report by the Commissioner to Parliament.

[25] The Act requires the Commissioner to conduct an investigation where the Commissioner has reason to believe that an investigation is necessary to ensure compliance with the Code or the Act. Reports in respect of investigations are tabled in Parliament. Subsection 10.4(1) of the Act reads as follows:

Investigation

10.4 (1) The Commissioner shall conduct an investigation if he or she has reason to believe, including on the basis of information received from a member of the Senate or the House of Commons, that an investigation is necessary to ensure compliance with the Code or this Act, as applicable.

[26] Subsection 10.4(1.1) gives the Commissioner a broad discretion to decide whether to investigate a complaint or to cease an investigation. The range of relevant considerations includes: whether the matter

[23] Le lobbyiste-conseil est celui qui, moyennant paiement, s'engage, auprès d'une personne physique ou morale ou d'une organisation, à communiquer avec le titulaire d'une charge publique à des fins prévues ou à ménager pour un tiers une entrevue avec le titulaire d'une charge publique.

[24] Un particulier est un lobbyiste salarié lorsqu'il est employé par une personne morale ou une organisation et que ses fonctions comprennent notamment la communication avec des titulaires d'une charge publique aux fins énumérées. La communication doit constituer une partie importante des fonctions d'un employé ou constituerait une partie importante des fonctions d'un employé si elle était exercée par un seul employé (aux paragraphes 5(1) et 7(1)). La Loi exige que le commissaire promulgue le *Code de déontologie des lobbyistes*, qui fournit des conseils relativement à ce qui constitue une conduite appropriée et ce qui constitue une conduite inappropriée. Le Code s'applique à toutes les personnes tenues de s'enregistrer aux termes de la Loi. Bien que le Code ne soit pas un texte réglementaire défini par la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, il impose des obligations aux lobbyistes, dont le non-respect peut donner lieu à un rapport du commissaire au Parlement.

[25] La Loi exige que le commissaire mène une enquête lorsqu'il a des raisons de croire qu'une enquête est nécessaire pour assurer le respect du Code ou de la Loi. Les rapports relatifs aux enquêtes sont déposés au Parlement. Le paragraphe 10.4(1) de la Loi est rédigé comme suit :

Enquêtes

10.4 (1) Le commissaire fait enquête lorsqu'il a des raisons de croire, notamment sur le fondement de renseignements qui lui ont été transmis par un parlementaire, qu'une enquête est nécessaire au contrôle d'application du code ou de la présente loi.

[26] Le paragraphe 10.4(1.1) donne au commissaire un large pouvoir discrétionnaire pour décider d'enquêter sur une plainte ou de mettre fin à une enquête. La gamme des considérations pertinentes comprend : la

would be more appropriately dealt with under a procedure in another Act of Parliament; whether the matter is sufficiently important; and whether dealing with the matter would serve no useful purpose as too much time has passed. The Commissioner may also decide not to deal with a matter if “there is any other valid reason for not dealing with the matter.”

[27] At the conclusion of an investigation, the Commissioner must prepare a report that includes his or her findings, conclusions and the reasons for the conclusions reached and submit the report to the Speakers of the Senate and the House of Commons.

IV. Analysis

[28] It is apparent that the *Lobbying Act* does not create a right for a member of the public to have a complaint investigated. There is nothing in the language of the statute to suggest that the Commissioner must investigate the public’s complaints. Parliament has established no process, procedures, mechanisms or obligations for disposing of complaints from the public.

[29] To the contrary, an investigation is required where the Commissioner has reason to believe, including on the basis of information received from a member of the Senate or the House of Commons, that an investigation is necessary to ensure compliance with the Lobbyists’ Code or the *Lobbying Act*. The *Lobbying Act* does not specify that the Commissioner must take into account information received from the public. In fact, the *Lobbying Act* does not mention the public in the investigations section at all.

[30] A line in the introduction to the Lobbyists’ Code which encourages the gathering of information is insufficient to create a decision which is subject to judicial review.

[31] Parliament placed an affirmative obligation on the Commissioner to investigate complaints that arise from Parliamentarians. As I outlined earlier, the Act describes in some detail the manner in which those investigations are to be carried out. It imposes a requirement for a decision and a reporting obligation. In contrast, the Act is

question de savoir si l’affaire serait mieux traitée dans le contexte d’une procédure prévue par une autre loi du Parlement; si l’affaire est suffisamment importante; et si le traitement de l’affaire n’est d’aucune utilité étant donné que trop de temps s’est écoulé. Le commissaire peut également décider de ne pas régler une question si « cela est opportun pour tout autre motif justifié ».

[27] À la fin d’une enquête, le commissaire doit préparer un rapport qui comprend ses constatations, ses conclusions et les motifs des conclusions auxquelles il est parvenu, puis soumettre le rapport aux présidents du Sénat et de la Chambre des communes.

IV. Analyse

[28] Il est évident que la *Loi sur le lobbying* ne confère pas à un membre du public le droit de faire examiner une plainte. Rien dans le libellé de la Loi ne suggère que la commissaire doive enquêter sur les plaintes du public. Le législateur n’a établi aucun processus ou mécanisme ni aucune procédure ou obligation pour le traitement des plaintes du public.

[29] Au contraire, une enquête est nécessaire lorsque la commissaire a des raisons de croire, notamment sur la base de renseignements reçus d’un membre du Sénat ou de la Chambre des communes, qu’une enquête est nécessaire pour assurer le respect du *Code de déontologie des lobbyistes* ou de la *Loi sur le lobbying*. La *Loi sur le lobbying* ne précise pas que la commissaire doit tenir compte des renseignements reçus du public. En fait, la *Loi sur le lobbying* ne mentionne pas du tout le public dans la section sur les enquêtes.

[30] Une décision ne peut être susceptible de contrôle judiciaire en raison d’une seule ligne dans l’introduction du *Code de déontologie des lobbyistes* qui encourage la collecte de renseignements.

[31] Le législateur a imposé à la commissaire une obligation positive d’enquêter sur les plaintes émanant des parlementaires. Comme je l’ai indiqué précédemment, la Loi décrit de manière assez détaillée la manière dont ces enquêtes doivent être menées. Elle impose une obligation de prendre une décision et une obligation de

silent with respect to information received from the public. There is no requirement to issue any decision, or to take any action, with respect to information arising from the public.

[32] As a general proposition, where Parliament intends to create a formal complaints procedure with a concomitant duty on an agent of Parliament to investigate, it does so expressly. There are many examples.

[33] The *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 provides that the Information Commissioner “shall receive and investigate complaints” from persons specified in subsection 30(1) thereof.

[34] The *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21 provides that the Privacy Commissioner “shall receive and investigate complaints” from persons listed in subsection 29(1). Section 30 requires that complaints be made “in writing”. The Privacy Commissioner must report “the results of the investigation” to the complainant (subsection 35(2)).

[35] The *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 provides that the Public Sector Integrity Commissioner (PSIC) has “duties” to “receive, review, investigate and otherwise deal with complaints made in respect of reprisals” (paragraph 22(i)). Under subsections 19.4(1), (2) and (3), the PSIC “must decide whether or not to deal with a complaint” within a specified time window, and provide written notice and reasons of a decision not to deal with a complaint to the complainant. A notice of refusal to investigate must also be provided to the complainant (subsection 24(3)).

[36] The *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 provides that the Commissioner of Official Languages “shall investigate any complaint made ... by any person or group of persons” (subsections 58(1) and (2)). These provisions allow complaints to be brought by anyone, regardless of whether their own statutory rights have been affected, consistent with the

faire rapport. En revanche, la Loi est muette en ce qui concerne les renseignements reçus du public. Il n’est pas nécessaire de rendre une décision ou de prendre des mesures concernant les renseignements provenant du public.

[32] De manière générale, lorsque le législateur a l’intention de créer une procédure de plainte officielle avec une obligation concomitante d’enquête pour un agent du Parlement, il le fait expressément. Les exemples sont nombreux.

[33] La *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 dispose que le commissaire à l’information « reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes » des personnes visées au paragraphe 30(1) de cette loi.

[34] La *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, dispose que le commissaire à la protection de la vie privée « reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes » des personnes énumérées au paragraphe 29(1). L’article 30 exige que les plaintes soient faites « par écrit ». Le commissaire à la protection de la vie privée doit communiquer les « conclusions de son enquête » au plaignant (au paragraphe 35(2)).

[35] La *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46, dispose que le commissaire à l’intégrité du secteur public (CISP) a pour « attributions » de « recevoir et examiner les plaintes à l’égard des représailles, enquêter sur celles-ci et y donner suite » (à l’alinéa 22i)). Aux termes des paragraphes 19.4(1), (2) et (3), le CISP « statue sur la recevabilité de la plainte » dans un délai déterminé, et fournit au plaignant un avis écrit et les motifs de sa décision de ne pas traiter une plainte. Un avis de refus d’enquête doit également être fourni au plaignant (au paragraphe 24(3)).

[36] La *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 dispose que le commissaire aux langues officielles « instruit toute plainte reçue [...] [de [t]out individu ou groupe » (aux paragraphes 58(1) et (2)). Ces dispositions permettent à quiconque de déposer une plainte, que ses propres droits aient été ou non affectés, conformément à l’idée que, lorsque le législateur

view that where Parliament intends to give the public at large the right to make a complaint, it usually does so expressly. The Commissioner of Official Languages' right to refuse to investigate or cease an investigation is also spelled out, as is the duty to notify the complainant and to "give the reasons therefor" where this occurs (subsections 58(4) and (5)).

[37] In contrast, the *Conflict of Interest Act* reserves to Parliamentarians the ability to "request" that the Conflict of Interest and Ethics Commissioner examine an alleged contravention of the Act (subsection 44(1)). The Act provides that the Ethics Commissioner, in conducting an examination, "may consider information from the public that is brought to his or her attention by a member of the Senate or the House of Commons" (subsection 44(4)). The Ethics Commissioner may also examine a matter on his or her own initiative (subsection 45(1)). As this Court determined in *Democracy Watch 2009*, a decision not to investigate a public complaint under the *Conflict of Interest Act* did not give rise to a reviewable decision.

[38] In light of the language in these statutes, and in light of the fact that similar language is notably absent from the *Lobbying Act* and the Lobbyists' Code, I conclude that the lobbying regime does not establish a public complaints process. The solicitation of information from the general public, does not, in and of itself, create rights for those who provide information where they are not directly affected by the outcome.

[39] I understand the respondent's position that the *Lobbying Act* and Lobbyists' Code, interpreted differently, could accomplish their objectives in a more effective manner. This argument found favour with the Federal Court Judge.

[40] It is not, however, the role of a court to ascribe an intention to Parliament where that intention is not clear. Neither the purpose of the *Lobbying Act*, nor the language in the introduction to the Lobbyists' Code, is sufficient to justify the reading in of a public complaints process and the concomitant right for members of the

entend donner au grand public le droit de déposer une plainte, il le fait généralement de manière expresse. Le droit du commissaire aux langues officielles de refuser d'enquêter ou de mettre fin à une enquête est également précisé, tout comme l'obligation d'en informer le plaignant et de « donn[er] [...] un avis motivé » lorsque cela se produit (aux paragraphes 58(4) et (5)).

[37] En revanche, la *Loi sur les conflits d'intérêts* réserve aux parlementaires la possibilité de « demander » que le commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique examine une infraction présumée à la Loi (au paragraphe 44(1)). La Loi dispose que le commissaire à l'éthique, dans le cadre d'une étude, « peut tenir compte des renseignements provenant du public qui lui sont communiqués par tout parlementaire » (au paragraphe 44(4)). Le commissaire à l'éthique peut également examiner une affaire de sa propre initiative (au paragraphe 45(1)). Comme notre Cour l'a déterminé dans l'arrêt *Démocratie en surveillance 2009*, une décision de ne pas enquêter sur une plainte du public en application de la *Loi sur les conflits d'intérêts* n'a pas donné lieu à une décision susceptible de contrôle.

[38] Compte tenu du libellé de ces lois et du fait qu'un libellé similaire est notamment absent de la *Loi sur le lobbying* et du *Code de déontologie des lobbyistes*, je conclus que le régime de lobbying n'établit pas de procédure de plainte du public. La sollicitation de renseignements auprès du grand public ne confère pas, en soi, de droits pour ceux qui fournissent des renseignements lorsqu'ils ne sont pas directement concernés par le résultat.

[39] Je comprends la thèse de l'intimée selon laquelle la *Loi sur le lobbying* et le *Code de déontologie des lobbyistes*, interprétés différemment, pourraient atteindre leurs objectifs de manière plus efficace. Cet argument a été accueilli favorablement par le juge de la Cour fédérale.

[40] Toutefois, il n'appartient pas à un tribunal d'attribuer une intention au Parlement lorsque cette intention n'est pas claire. Ni l'objectif de la *Loi sur le lobbying* ni le libellé de l'introduction du *Code de déontologie des lobbyistes* ne sont suffisants pour justifier l'interprétation d'une procédure de plainte du public et le droit

public to have the Lobbying Commissioner investigate their complaints.

[41] The Lobbying Commissioner’s decision not to investigate a complaint brought by a member of the public is not a decision or order subject to judicial review. It is therefore not necessary to consider the reasonableness of the decision. I would allow the appeal, dismiss the application for judicial review, and restore the decision.

[42] The parties’ submissions on costs before this Court are substantially the same as before the Federal Court. On costs, the Federal Court attached significant weight to the fact that Democracy Watch is a public interest organization that brought the application for judicial review in furtherance of that interest, and declined to exercise its discretion to order costs. I, too, would decline to exercise my discretion to order costs on appeal.

WEBB J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

LEGISLATIVE APPENDIX

Lobbying Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44

CONSULTANT LOBBYISTS

Requirement to file return

5 (1) An individual shall file with the Commissioner, in the prescribed form and manner, a return setting out the information referred to in subsection (2), if the individual, for payment, on behalf of any person or organization (in this section referred to as the “client”), undertakes to

(a) communicate with a public office holder in respect of

(i) the development of any legislative proposal Government of Canada or by a member of the Senate or the House of Commons,

concomitant des membres du public de demander à la commissaire au lobbying d’examiner leurs plaintes.

[41] La décision de la commissaire au lobbying de ne pas enquêter sur une plainte déposée par un membre du public n’est pas une décision ou une ordonnance susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Il n’est donc pas nécessaire d’examiner le caractère raisonnable de la décision. J’accueillerais l’appel, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire et je rétablirais la décision.

[42] Les observations des parties sur les dépens devant notre Cour sont sensiblement les mêmes que celles déposées devant la Cour fédérale. En ce qui concerne les dépens, la Cour fédérale a accordé une grande importance au fait que Démocratie en surveillance est une organisation d’intérêt public qui a présenté la demande de contrôle judiciaire dans la poursuite de cet intérêt, et a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour ordonner les dépens. Je refuserais moi aussi d’exercer mon pouvoir discrétionnaire d’ordonner les dépens en appel.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je suis d’accord.

ANNEXE LÉGISLATIVE

Loi sur le lobbying, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 44

LOBBYISTES-CONSEILS

Déclaration obligatoire

5 (1) Est tenue de fournir au commissaire, en la forme réglementaire, une déclaration contenant les renseignements prévus au paragraphe (2) toute personne (ci-après « lobbyiste-conseil ») qui, moyennant paiement, s’engage, auprès d’un client, d’une personne physique ou morale ou d’une organisation :

a) à communiquer avec le titulaire d’une charge publique au sujet des mesures suivantes :

(i) l’élaboration de propositions législatives par le gouvernement fédéral ou par un sénateur ou un député,

(ii) the introduction of any Bill or resolution in either House of Parliament or the passage, defeat or amendment of any Bill or resolution that is before either House of Parliament,

(iii) the making or amendment of any regulation as defined in subsection 2(1) of the *Statutory Instruments Act*,

(iv) the development or amendment of any policy or program of the Government of Canada,

(v) the awarding of any grant, contribution or other financial benefit by or on behalf of Her Majesty in right of Canada, or

(vi) the awarding of any contract by or on behalf of Her Majesty in right of Canada; or

(b) arrange a meeting between a public office holder and any other person.

...

IN-HOUSE LOBBYISTS (CORPORATIONS AND ORGANIZATIONS)

Requirement to file return

7 (1) The officer responsible for filing returns for a corporation or organization shall file with the Commissioner, in the prescribed form and manner, a return setting out the information referred to in subsection (3) if

(a) the corporation or organization employs one or more individuals any part of whose duties is to communicate with public office holders on behalf of the employer or, if the employer is a corporation, on behalf of any subsidiary of the employer or any corporation of which the employer is a subsidiary, in respect of

(i) the development of any legislative proposal by the Government of Canada or by a member of the Senate or the House of Commons,

(ii) the introduction of any Bill or resolution in either House of Parliament or the passage, defeat or amendment of any Bill or resolution that is before either House of Parliament,

(iii) the making or amendment of any regulation as defined in subsection) of the *Statutory Instruments Act*,

(ii) le dépôt d'un projet de loi ou d'une résolution devant une chambre du Parlement, ou sa modification, son adoption ou son rejet par celle-ci,

(iii) la prise ou la modification de tout règlement au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les textes réglementaires*,

(iv) l'élaboration ou la modification d'orientation ou de programmes fédéraux,

(v) l'octroi de subventions, de contributions ou d'autres avantages financiers par Sa Majesté du chef du Canada ou en son nom,

(vi) l'octroi de tout contrat par Sa Majesté du chef du Canada ou en son nom;

b) à ménager pour un tiers une entrevue avec le titulaire d'une charge publique.

[...]

LOBBYISTES SALARIÉS (PERSONNES MORALES OU ORGANISATIONS)

Déclaration obligatoire

7 (1) Est tenu de fournir au commissaire, en la forme réglementaire, une déclaration contenant les renseignements prévus au paragraphe (3) le déclarant d'une personne morale ou d'une organisation si :

a) d'une part, celle-ci compte au moins un employé dont les fonctions comportent la communication, au nom de l'employeur ou, si celui-ci est une personne morale, au nom d'une filiale de l'employeur ou d'une personne morale dont celui-ci est une filiale, avec le titulaire d'une charge publique, au sujet des mesures suivantes :

(i) l'élaboration de propositions législatives par le gouvernement fédéral ou par un sénateur ou un député,

(ii) le dépôt d'un projet de loi ou d'une résolution devant une chambre du Parlement, ou sa modification, son adoption ou son rejet par celle-ci,

(iii) la prise ou la modification de tout règlement au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les textes réglementaires*,

(iv) the development or amendment of any policy or program of the Government of Canada, or

(v) the awarding of any grant, contribution or other financial benefit by or on behalf of Her Majesty in right of Canada; and

(b) those duties constitute a significant part of the duties of one employee or would constitute a significant part of the duties of one employee if they were performed by only one employee.

...

Investigation

10.4 (1) The Commissioner shall conduct an investigation if he or she has reason to believe, including on the basis of information received from a member of the Senate or the House of Commons, that an investigation is necessary to ensure compliance with the Code or this Act, as applicable.

Exception

(1.1) The Commissioner may refuse to conduct or may cease an investigation with respect to any matter if he or she is of the opinion that

(a) the matter is one that could more appropriately be dealt with according to a procedure provided for under another Act of Parliament;

(b) the matter is not sufficiently important;

(c) dealing with the matter would serve no useful purpose because of the length of time that has elapsed since the matter arose; or

(d) there is any other valid reason for not dealing with the matter.

Conflict of Interest Act, S.C. 2006, c. 9, s. 2

Request from parliamentarian

44 (1) A member of the Senate or House of Commons who has reasonable grounds to believe that a public office holder or former public office holder has contravened this Act may, in writing, request that the Commissioner examine the matter.

(iv) l'élaboration ou la modification d'orientation ou de programmes fédéraux,

(v) l'octroi de subventions, de contributions ou d'autres avantages financiers par Sa Majesté du chef du Canada ou en son nom;

(b) d'autre part, les fonctions visées à l'alinéa a) constituent une partie importante de celles d'un seul employé ou constitueraient une partie importante des fonctions d'un employé si elles étaient exercées par un seul employé.

[...]

Enquête

10.4 (1) Le commissaire fait enquête lorsqu'il a des raisons de croire, notamment sur le fondement de renseignements qui lui ont été transmis par un parlementaire, qu'une enquête est nécessaire au contrôle d'application du code ou de la présente loi.

Refus d'intervenir

(1.1) Le commissaire peut refuser d'enquêter ou de poursuivre une enquête s'il estime, selon le cas :

a) que l'affaire visée pourrait avantageusement être traitée en conformité avec la procédure prévue par une autre loi fédérale;

b) que les conséquences de cette affaire ne sont pas suffisamment importantes;

c) que cela serait inutile en raison de la période écoulée depuis le moment où l'affaire a pris naissance;

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

Loi sur les conflits d'intérêts, L.C. 2006, ch. 9, art. 2

Demande émanant d'un parlementaire

44 (1) Tout parlementaire qui a des motifs raisonnables de croire qu'un titulaire ou ex-titulaire de charge publique a contrevenu à la présente loi peut demander par écrit au commissaire d'étudier la question.

Content of request

(2) The request shall identify the provisions of this Act alleged to have been contravened and set out the reasonable grounds for the belief that the contravention has occurred.

Examination

(3) If the Commissioner determines that the request is frivolous or vexatious or is made in bad faith, he or she may decline to examine the matter. Otherwise, he or she shall examine the matter described in the request and, having regard to all the circumstances of the case, may discontinue the examination.

Information from public

(4) In conducting an examination, the Commissioner may consider information from the public that is brought to his or her attention by a member of the Senate or House of Commons indicating that a public office holder or former public office holder has contravened this Act. The member shall identify the alleged contravention and set out the reasonable grounds for believing a contravention has occurred.

...

Examination on own initiative

45 (1) If the Commissioner has reason to believe that a public office holder or former public office holder has contravened this Act, the Commissioner may examine the matter on his or her own initiative.

...

Orders and decisions final

66 Every order and decision of the Commissioner is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Courts Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1

Receipt and investigation of complaints

30 (1) Subject to this Part, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints

(a) from persons who have been refused access to a record requested under this Part or a part thereof;

Contenu

(2) La demande énonce les dispositions de la présente loi qui auraient été enfreintes et les motifs raisonnables sur lesquels elle est fondée.

Étude

(3) S'il juge la demande futile, vexatoire ou entachée de mauvaise foi, le commissaire peut refuser d'examiner la question. Sinon, il est tenu de procéder à l'étude de la question qu'elle soulève et peut, compte tenu des circonstances, mettre fin à l'étude

Renseignements provenant du public

(4) Dans le cadre de l'étude, le commissaire peut tenir compte des renseignements provenant du public qui lui sont communiqués par tout parlementaire et qui portent à croire que l'intéressé a contrevenu à la présente loi. Le parlementaire doit préciser la contravention présumée ainsi que les motifs raisonnables qui le portent à croire qu'une contravention a été commise.

[...]

Étude de son propre chef

45 (1) Le commissaire peut étudier la question de son propre chef s'il a des motifs de croire qu'un titulaire ou ex-titulaire de charge publique a contrevenu à la présente loi.

[...]

Ordonnances et décisions définitives

66 Les ordonnances et décisions du commissaire sont définitives et ne peuvent être attaquées que conformément à la *Loi sur les Cours fédérales* pour les motifs énoncés aux alinéas 18.1(4)a, b) ou e) de cette loi.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1

Réception des plaintes et enquêtes

30 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :

a) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente partie;

(b) from persons who have been required to pay an amount under section 11 that they consider unreasonable;

(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable;

(d) from persons who have not been given access to a record or a part thereof in the official language requested by the person under subsection 12(2), or have not been given access in that language within a period of time that they consider appropriate;

(d.1) from persons who have not been given access to a record or a part thereof in an alternative format pursuant to a request made under subsection 12(3), or have not been given such access within a period of time that they consider appropriate;

(e) in respect of any publication or bulletin referred to in section 5; or

(f) in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Part.

b) déposées par des personnes qui considèrent comme excessif le montant réclamé en vertu de l'article 11;

c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive;

d) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la traduction visée au paragraphe 12(2) ou qui considèrent comme contre-indiqué le délai de communication relatif à la traduction;

d.1) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication des documents ou des parties en cause sur un support de substitution au titre du paragraphe 12(3) ou qui considèrent comme contre-indiqué le délai de communication relatif au transfert;

e) portant sur le répertoire ou le bulletin visés à l'article 5;

f) portant sur toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente partie.

Public Servants Disclosure Protection Act, S.C. 2005, c. 46

Complaints

19.1 (1) A public servant or a former public servant who has reasonable grounds for believing that a reprisal has been taken against him or her may file with the Commissioner a complaint in a form acceptable to the Commissioner. The complaint may also be filed by a person designated by the public servant or former public servant for the purpose.

...

Duties

22 The duties of the Commissioner under this Act are to

...

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

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31

Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005, ch. 46

Plaintes

19.1 (1) Le fonctionnaire ou l'ancien fonctionnaire qui a des motifs raisonnables de croire qu'il a été victime de représailles peut déposer une plainte auprès du commissaire en une forme acceptable pour ce dernier; la plainte peut également être déposée par la personne qu'il désigne à cette fin.

[...]

Attributions

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

[...]

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

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31

Investigation of complaints

58 (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,

- (a) the status of an official language was not or is not being recognized,
- (b) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or
- (c) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with

in the administration of the affairs of any federal institution.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21

Receipt and investigation of complaints

29 (1) Subject to this Act, the Privacy Commissioner shall receive and investigate complaints

- (a) from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with section 7 or 8;
- (b) from individuals who have been refused access to personal information requested under subsection 12(1);
- (c) from individuals who allege that they are not being accorded the rights to which they are entitled under subsection 12(2) or that corrections of personal information requested under paragraph 12(2)(a) are being refused without justification;
- (d) from individuals who have requested access to personal information in respect of which a time limit has been extended pursuant to section 15 where they consider the extension unreasonable;
- (e) from individuals who have not been given access to personal information in the official language requested by the individuals under subsection 17(2);

Plaintes

58 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue — sur un acte ou une omission — et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21

Réception des plaintes et enquêtes

29 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à la protection de la vie privée reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :

- a) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux articles 7 ou 8;
- b) déposées par des individus qui se sont vu refuser la communication de renseignements personnels, demandés en vertu du paragraphe 12(1);
- c) déposées par des individus qui se prétendent lésés des droits que leur accorde le paragraphe 12(2) ou qui considèrent comme non fondé le refus d'effectuer les corrections demandées en vertu de l'alinéa 12(2)a);
- d) déposées par des individus qui ont demandé des renseignements personnels dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 15 et qui considèrent la prorogation comme abusive;
- e) déposées par des individus qui n'ont pas reçu communication de renseignements personnels dans la langue officielle qu'ils ont demandée en vertu du paragraphe 17(2);

(e.1) from individuals who have not been given access to personal information in an alternative format pursuant to a request made under subsection 17(3);

(f) from individuals who have been required to pay a fee that they consider inappropriate;

(g) in respect of the index referred to in subsection 11(1); or

(h) in respect of any other matter relating to

(i) the collection, retention or disposal of personal information by a government institution,

(ii) the use or disclosure of personal information under the control of a government institution, or

(iii) requesting or obtaining access under subsection 12(1) to personal information.

e.1) déposées par des individus qui n'ont pas reçu communication des renseignements personnels sur un support de substitution en application du paragraphe 17(3);

f) déposées par des individus qui considèrent comme contre-indiqué le versement exigé en vertu des règlements;

g) portant sur le répertoire visé au paragraphe 11(1);

h) portant sur toute autre question relative à :

(i) la collecte, la conservation ou le retrait par une institution fédérale des renseignements personnels,

(ii) l'usage ou la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale,

(iii) la demande ou l'obtention de renseignements personnels en vertu du paragraphe 12(1).

A-279-18
2020 FCA 88

A-279-18
2020 CAF 88

Le Groupe Maison Candiac Inc. (*Appellant*)

Le Groupe Maison Candiac Inc. (*appelante*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*intimé*)

and

et

**Centre québécois du droit de l'environnement
(*Intervener*)**

**Centre québécois du droit de l'environnement
(*intervenant*)**

**INDEXED AS: GROUPE MAISON CANDIAC INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : GROUPE MAISON CANDIAC INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Boivin, de Montigny and Rivoalen JJ.A.—Montréal, February 26; Ottawa, May 15, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, de Montigny et Rivoalen, J.C.A.—Montréal, 26 février; Ottawa, 15 mai 2020.

Environment — Appeal from Federal Court decision refusing to invalidate Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population) (Order) — Appellant acquiring land for residential development — Obtaining certificate of authorization from Quebec because portion of land containing wetlands — Species at Risk Act (Act), s. 80(2) providing Minister of the Environment authority to make emergency order to protect listed wildlife species — Study finding viability of frog population threatened where appellant intending to build — Governor in Council making emergency order following Minister's recommendation — Federal Court considered constitutionality of Order, whether Order constituting form of expropriation without compensation — Determining that purpose, legal effect of Act, s. 80(4)(c)(ii) giving Governor in Council emergency intervention authority when species at risk about to suffer harm that would jeopardize its survival or recovery — Of view this clearly an "evil" that Parliament can suppress through its criminal law power — Not accepting that s. 80(4)(c)(ii) attempt to encroach on provincial jurisdiction — Holding that Parliament expressly provided mechanism to compensate for losses suffered following application of emergency order — Whether Federal Court erring in ruling that s. 80(4)(c)(ii) falling within Parliament's criminal law power, that absence of compensation not invalidating Order — S. 80(4)(c)(ii) constituting valid exercise of power conferred on Parliament by Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Same necessarily applying to Order — Federal law, provincial law may govern an issue from different perspectives — Presence or absence of provincial law on same

Environnement — Appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale de refuser d'invalider le Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien) (le Décret) — L'appelante a acquis des terrains à des fins de développements résidentiels — Comme des zones humides se retrouvaient sur certaines portions de ces terrains, elle a obtenu un certificat d'autorisation auprès du Québec — L'art. 80(2) de la Loi sur les espèces en péril (la Loi) établit que le ministre de l'Environnement doit prendre un décret d'urgence pour protéger une espèce sauvage inscrite — Une étude a conclu que la viabilité de la population de la rainette était menacée dans le territoire où l'appelante devait réaliser son projet domiciliaire — Le gouverneur en conseil a pris un décret d'urgence sur la recommandation du ministre — La Cour fédérale s'est penchée sur la constitutionnalité du Décret et s'est demandée s'il constituait une forme d'expropriation sans indemnisation — Elle a conclu que l'objet et l'effet juridique de l'art. 80(4)(c)(ii) de la Loi permettent au gouverneur en conseil d'intervenir d'urgence lorsqu'une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement — De l'avis de la Cour fédérale, il s'agissait là manifestement d'un « mal » que le Parlement pouvait chercher à réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel — Elle n'a pas retenu la prétention à l'effet que l'art. 80(4)(c)(ii) constitue une tentative d'envahir les champs de compétences provinciales — Elle a conclu que le Parlement avait prévu en termes exprès un mécanisme d'indemnisation pour les pertes subies du fait de l'application d'un décret d'urgence — Il s'agissait de

subject not having any impact on validity of federal measure — Federal Court scrupulously following this approach — Act not encroaching on provincial jurisdiction — S. 80(4)(c)(ii) having limited scope, intended to permit emergency response when listed wildlife species about to suffer harm that will jeopardize its survival or recovery — Mere fact that valid law could have incidental effects on legislative powers or measures adopted by another level of government not in itself sufficient to conclude that this law adopted for improper purposes — As to whether Parliament has constitutional jurisdiction to intervene, criminal law power not frozen in time, not limited to specific categories — Threatened interest of environmental protection one of evils Parliament can suppress through criminal law power — Federal Court not erring in concluding that concepts of disguised or de facto expropriation explicitly excluded by compensation scheme set out in Act, s. 64 — No compensation requirements under Act, s. 80 — Governor in Council therefore not exceeding powers conferred by Act — Complying with purpose sought by Parliament — Present case involving decision made pursuant to Act expressly authorizing expropriation, setting out compensation scheme specifically tailored to objectives sought by Act — No disguised expropriation — Premature, inappropriate to consider possible claim for compensation that appellant might make — Appeal dismissed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Federal Court refusing to invalidate Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population) (Order) — Determining that purpose, legal effect of Act, s. 80(4)(c)(ii) giving Governor in Council emergency intervention authority when species at risk about to suffer harm that would jeopardize its survival or recovery — Of view this clearly an “evil” that Parliament can suppress through its criminal law power — Not accepting that s. 80(4)(c)(ii) attempt to encroach on provincial jurisdiction — Whether Federal Court erring in ruling that s. 80(4)(c)(ii) falling within Parliament’s criminal law power — S. 80(4)(c)(ii) constituting valid exercise of power conferred on Parliament

savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’art. 80(4)c(ii) relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel et que l’absence d’indemnisation n’entraîne pas l’invalidité du Décret — L’art. 80(4)c(ii) constitue un exercice valide de la compétence octroyée au Parlement par l’art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Il en va nécessairement de même du Décret — Une loi fédérale et une loi provinciale peuvent régir une question à partir de points de vue différents — La présence ou l’absence d’une loi provinciale portant sur le même sujet ne saurait avoir aucune incidence sur la validité d’une mesure fédérale — La Cour fédérale a scrupuleusement suivi cette démarche — La Loi n’empiète pas sur la compétence des provinces — L’art. 80(4)c(ii) a une portée réduite et vise à permettre une intervention d’urgence lorsqu’une espèce en péril inscrite est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement — Le seul fait qu’une loi valide puisse avoir des effets accessoires sur les compétences législatives ou les mesures adoptées par un autre niveau de gouvernement ne saurait suffire, en soi, pour conclure que cette loi a été adoptée pour des fins détournées — Pour ce qui est de savoir si le Parlement a la compétence constitutionnelle d’intervenir, le pouvoir de légiférer en droit criminel n’est pas figé dans le temps et ne saurait se limiter à des catégories précises — La protection de l’environnement fait partie des maux que le Parlement peut réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que les concepts d’appropriation de fait ou d’expropriation déguisée avaient été explicitement écartés par le régime d’indemnisation prévu par l’art. 64 de la Loi — L’art. 80 de la Loi ne prévoit aucune exigence en matière d’indemnisation — Le gouverneur en conseil n’a donc pas excédé les pouvoirs que la Loi lui confère — Il s’est conformé à l’objectif visé par le législateur — Nous étions en présence d’une décision prise aux termes d’une loi qui autorise explicitement l’expropriation et qui prévoit un régime d’indemnisation spécifiquement adapté aux objectifs poursuivis par la Loi — Aucune expropriation n’a été effectuée par des moyens détournés — Il serait prématuré et inopportun de se pencher sur une éventuelle demande d’indemnisation que pourrait présenter l’appelante — Appel rejeté.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Cour fédérale a refusé d’invalider le Décret d’urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien) (le Décret) — Elle a conclu que l’objet et l’effet juridique de l’art. 80(4)c(ii) de la Loi permettent au gouverneur en conseil d’intervenir d’urgence lorsqu’une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement — De l’avis de la Cour fédérale, il s’agissait là manifestement d’un « mal » que le Parlement pouvait chercher à réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel — Elle n’a pas retenu la prétention à l’effet que l’art. 80(4)c(ii) constitue une tentative d’envahir les champs de

by Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Same necessarily applying to Order — Federal law, provincial law may govern an issue from different perspectives — Presence or absence of provincial law on same subject not having any impact on validity of federal measure — Federal Court scrupulously following this approach — Act not encroaching on provincial jurisdiction — S. 80(4)(c)(ii) having limited scope, intended to permit emergency response when listed wildlife species about to suffer harm that will jeopardize its survival or recovery — Mere fact that valid law could have incidental effects on legislative powers or measures adopted by another level of government not in itself sufficient to conclude that this law adopted for improper purposes — As to whether Parliament has constitutional jurisdiction to intervene, criminal law power not frozen in time, not limited to specific categories — Threatened interest of environmental protection one of evils Parliament can suppress through criminal law power.

This was an appeal from a decision by the Federal Court refusing to invalidate the *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)* (Order).

The appellant, a real estate developer and builder, acquired land for residential development. Because portions of this land contain wetlands, the appellant obtained a certificate of authorization from the Government of Quebec. Subsection 80(2) of the *Species at Risk Act* (Act) provides that the Minister of the Environment must make an emergency order to provide for the protection of a listed wildlife species “if he or she is of the opinion that the species faces imminent threats to its survival or recovery.” Environment and Climate Change Canada initiated a systematic process of collecting and analyzing information on the species at risk in the present case, i.e. the Western Chorus Frog, and its habitat, including the current state of the species. The study found that the viability of the frog population was threatened in the short term in the area where the appellant was to build its housing development project. The Minister therefore recommended to the Governor in Council to make the Order, which he did. The Federal Court considered the constitutionality of the impugned legislative provision and whether the Order constituted a form of expropriation without compensation. The Federal Court determined that the purpose and legal effect of subparagraph 80(4)(c)(ii) of

compétences provinciales — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’art. 80(4)(c)(ii) relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel — L’art. 80(4)(c)(ii) constitue un exercice valide de la compétence octroyée au Parlement par l’art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Il en va nécessairement de même du Décret — Une loi fédérale et une loi provinciale peuvent régir une question à partir de points de vue différents — La présence ou l’absence d’une loi provinciale portant sur le même sujet ne saurait avoir aucune incidence sur la validité d’une mesure fédérale — La Cour fédérale a scrupuleusement suivi cette démarche — La Loi n’empiète pas sur la compétence des provinces — L’art. 80(4)(c)(ii) a une portée réduite et vise à permettre une intervention d’urgence lorsqu’une espèce en péril inscrite est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement — Le seul fait qu’une loi valide puisse avoir des effets accessoires sur les compétences législatives ou les mesures adoptées par un autre niveau de gouvernement ne saurait suffire, en soi, pour conclure que cette loi a été adoptée pour des fins détournées — Pour ce qui est de savoir si le Parlement a la compétence constitutionnelle d’intervenir, le pouvoir de légiférer en droit criminel n’est pas figé dans le temps et ne saurait se limiter à des catégories précises — La protection de l’environnement fait partie des maux que le Parlement peut réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel.

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de refuser d’invalider le *Décret d’urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)* (le Décret).

L’appelante, un promoteur et un constructeur immobilier, a acquis des terrains à des fins de développements résidentiels. Comme des zones humides se retrouvaient sur certaines portions de ces terrains, l’appelante a obtenu un certificat d’autorisation auprès du gouvernement du Québec. Le paragraphe 80(2) de la *Loi sur les espèces en péril* (la Loi) établit que le ministre de l’Environnement doit prendre un décret d’urgence pour protéger une espèce sauvage inscrite « s’il estime que l’espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement ». Le ministre de l’Environnement et du Changement climatique Canada a entamé un processus complet de collecte et d’analyse de renseignements concernant l’espèce en péril dans la présente affaire, la rainette faux-grillon de l’Ouest, et son habitat, portant notamment sur l’état de l’espèce. L’étude a conclu que la viabilité de la population de la rainette était menacée à court terme dans le territoire où l’appelante devait réaliser son projet domiciliaire. Le ministre a donc recommandé au gouverneur en conseil de prendre un décret d’urgence, ce qu’il a fait. La Cour fédérale s’est penchée sur la constitutionnalité de la disposition législative contestée et sur la question de savoir si le Décret

the Act gives the Governor in Council emergency intervention authority when a species at risk is about to suffer harm that would jeopardize its survival or recovery. The Federal Court viewed this as an “evil” that Parliament can suppress through its criminal law power. In addition, the Federal Court did not accept the contention that subparagraph 80(4)(c)(ii), under the guise of the criminal law power, constitutes in fact a colourable attempt to encroach on the jurisdiction of the provinces. Rather, it accepted that the impugned provision authorizes emergency intervention when a species at risk is facing an imminent threat to its survival or recovery. The Federal Court rejected the argument that subparagraph 80(4)(c)(ii) did not have the ingredients of a criminal law system, where a prohibition is combined with a sanction. Finally, the Federal Court held that Parliament had expressly provided a mechanism to compensate for losses suffered following the application of an emergency order, which countered the arguments of disguised or *de facto* expropriation, and that the Minister’s decision not to grant compensation may be judicially reviewed and in any case had no impact on the validity of the power to make an emergency order.

At issue was whether the Federal Court erred in ruling that subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act falls within Parliament’s criminal law power, and that the absence of compensation does not invalidate the Order.

Held, the appeal should be dismissed.

Subparagraph 80(4)(c)(ii) constitutes a valid exercise of the power conferred on Parliament by subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, and the same necessarily applied to the Order adopted under its authority. A federal law and a provincial law may govern an issue from different perspectives. This is the double aspect doctrine, which brings into play the principle of the paramountcy of federal law in the event of an operational conflict between federal and provincial legislation. The presence or absence of a provincial law on the same subject cannot therefore have any impact on the validity of a federal measure. The Federal Court scrupulously followed this approach. The purpose of the Act is not at all to directly encroach on provincial jurisdiction or impose uniform national standards. On the contrary, subparagraph 80(4)(c)(ii) is intended to permit an emergency response when a listed wildlife species is about to suffer harm that will jeopardize its survival or recovery. The very language of the Act confirms this objective. Subparagraph 80(4)(c)(ii) has a limited scope.

d’urgence constituait une forme d’expropriation sans indemnisation. La Cour fédérale a conclu que l’objet et l’effet juridique du sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi permettent au gouverneur en conseil d’intervenir d’urgence lorsqu’une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement. De l’avis de la Cour fédérale, il s’agissait là d’un « mal » que le Parlement pouvait chercher à réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel. D’autre part, la Cour fédérale n’a pas retenu la prétention à l’effet que le sous-alinéa 80(4)c)(ii), sous le couvert d’une disposition de droit criminel, constitue en fait une tentative déguisée d’envahir les champs de compétences provinciales. Elle a plutôt retenu la thèse selon laquelle la disposition contestée autorise une intervention d’urgence lorsqu’une espèce en péril est exposée à une menace imminente à sa survie ou à son rétablissement. La Cour fédérale a rejeté l’argument suivant lequel le sous-alinéa 80(4)c)(ii) ne respectait pas les attributs de forme d’un régime de droit criminel, à savoir une interdiction assortie d’une sanction. Enfin, la Cour fédérale a conclu que le Parlement avait prévu en termes exprès un mécanisme d’indemnisation pour les pertes subies du fait de l’application d’un décret d’urgence, ce qui faisait obstacle aux arguments d’expropriation déguisée ou d’appropriation *de facto*, et que la décision du Ministre de ne pas accorder d’indemnisation pouvait être contrôlée judiciairement et n’avait de toute façon aucune incidence sur la validité du pouvoir d’émettre un décret d’urgence.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel et que l’absence d’indemnisation n’entraîne pas l’invalidité du Décret.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) constitue un exercice valide de la compétence octroyée au Parlement par le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et il en va nécessairement de même du Décret d’urgence adopté sous son autorité. Une loi fédérale et une loi provinciale peuvent régir une question à partir de points de vue différents. Il s’agit là de la doctrine du double aspect, qui donnera ouverture au principe de la primauté de la loi fédérale en cas de conflit opérationnel entre deux lois fédérale et provinciale. La présence ou l’absence d’une loi provinciale portant sur le même sujet ne saurait donc avoir aucune incidence sur la validité d’une mesure fédérale. La Cour fédérale a scrupuleusement suivi cette démarche. Loin d’avoir pour objectif d’empiéter directement sur la compétence des provinces ou de viser à imposer des normes nationales uniformes, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) a pour objet au contraire de permettre une intervention d’urgence lorsqu’une espèce sauvage inscrite est sur le point de subir un préjudice qui compromettra sa survie ou son rétablissement. Le texte même de la Loi confirme cet

This is why such an order can be made by the Governor in Council without having to conduct consultations and comply with the formalities normally required under sections 34 and 61 of the Act. It does not authorize the Governor in Council to impose measures to protect the species and its designated habitat, as it can on federal lands. Under subparagraph 80(4)(c)(ii), the Governor in Council may only enact provisions prohibiting activities likely to harm the species and this habitat. These are two indications of the narrow purpose pursued by Parliament and its desire to go no further than necessary to ensure the immediate survival of a species. The mere fact that an otherwise valid law could have incidental effects on legislative powers or measures adopted by another level of government is not in itself sufficient to conclude that this law was adopted for improper purposes. As to whether Parliament has constitutional jurisdiction to intervene in this matter, it was first noted that the environment is not a head of jurisdiction *per se*. It should be addressed based on the various legislative powers vested in Parliament and the provincial legislatures under the *Constitution Act, 1867*. The criminal law power is obviously not frozen in time and cannot be limited to specific categories. Parliament's only limit on this power is its use to colourably invade areas of exclusively provincial legislative competence. The threatened interest of environmental protection is one of the evils that Parliament can suppress through its criminal law power. This is a legitimate purpose. The duty to prevent the extinction of wildlife species is a moral obligation as is the protection of the environment. The criminal law power must allow Parliament to intervene in these matters, particularly when the perceived harm is imminent.

The Federal Court did not err in concluding, on the basis of section 64 of the Act, that the concepts of disguised or *de facto* expropriation had been explicitly excluded by the compensation scheme set out in that provision. Section 80 of the Act does not require that the Governor in Council meet any compensation requirements when adopting an emergency order. Therefore, it cannot be argued that the Governor in Council exceeded the powers conferred by the Act and did not comply with the purpose sought by Parliament or the conditions prescribed in the exercise of the power delegated to the Governor in Council. This case did not involve an expropriation carried out by indirect means. It involved a decision made pursuant to an Act that expressly authorizes the expropriation and sets out a compensation scheme specifically tailored to the objectives sought by the Act. This was sufficient to preclude recourse to the general law in matters of disguised expropriation arising both from the common law and section 952 of the *Civil Code of Québec*. It was without basis to argue that there is a legislative gap in the absence of a regulation adopted by

objectif. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) a une portée réduite. C'est la raison pour laquelle on n'astreint pas l'adoption d'un tel décret à toutes les consultations et les formalités exigées dans le cadre des articles 34 et 61 de la Loi. Il n'autorise pas le gouverneur en conseil à imposer des mesures de protection de l'espèce et de l'habitat désigné, comme il peut le faire sur le territoire domanial. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) n'autorise le gouverneur général qu'à édicter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat. Ce sont là deux indices qui témoignent de l'objectif restreint poursuivi par le législateur et de sa volonté de ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la survie immédiate d'une espèce. Le seul fait qu'une loi par ailleurs valide puisse avoir des effets accessoires sur les compétences législatives ou les mesures adoptées par un autre niveau de gouvernement ne saurait suffire, en soi, pour conclure que cette loi a été adoptée pour des fins détournées. Pour ce qui est de savoir si le Parlement a la compétence constitutionnelle d'intervenir en cette matière, l'on a d'abord noté que l'environnement n'est pas un sujet de compétence en soi. Il doit plutôt être traité à partir des différents pouvoirs législatifs attribués au Parlement et aux législatures provinciales par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pouvoir de légiférer en droit criminel n'est évidemment pas figé dans le temps, et ne saurait se limiter à des catégories précises. La seule limite du Parlement dans l'utilisation de ce pouvoir est de s'en servir de façon déguisée et d'empiéter sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive. La protection de l'environnement fait partie des maux que le Parlement peut réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel. Il s'agit là d'un objectif légitime. Le devoir d'empêcher la disparition des espèces sauvages est une obligation morale au même titre que la protection de l'environnement. La compétence relative au droit criminel doit permettre au Parlement d'intervenir en ces matières, tout particulièrement lorsque le préjudice appréhendé est imminent.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en s'appuyant sur l'article 64 de la Loi pour conclure que les concepts d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée avaient été explicitement écartés par le régime d'indemnisation prévu par cette disposition. L'article 80 de la Loi n'astreint le gouverneur en conseil à aucune exigence en matière d'indemnisation lorsqu'il adopte un décret d'urgence. L'on ne saurait donc prétendre que le gouverneur en conseil a excédé les pouvoirs que la Loi lui confère, et ne s'est pas conformé à l'objectif visé par le législateur ou aux conditions prescrites dans l'exercice du pouvoir qui lui a été délégué. Nous n'étions pas en présence ici d'une expropriation effectuée par des moyens détournés, mais plutôt d'une décision prise aux termes d'une loi qui l'autorise explicitement et qui prévoit un régime d'indemnisation spécifiquement adapté aux objectifs poursuivis par la Loi. Cela suffisait pour écarter le recours au droit commun en matière d'expropriation déguisée issu tant de la common law que de l'article 952 du *Code civil du Québec*. La thèse voulant qu'en l'absence de règlement adopté par le gouverneur en conseil,

the Governor in Council. A regulatory authority cannot nullify the application of a law and deprive the litigants of a benefit or remedy to which they would be entitled by refraining from adopting the regulation which conditions its existence. The decision that the Minister could make (or had already made) not to compensate the appellant could be the subject of a separate challenge. This determination must be made after the Order comes into force. Therefore, it cannot have any impact on the validity of the Order as such. For this reason, it would not only be premature, but inappropriate to consider a possible claim for compensation that the appellant might make and any related issues that such a claim might raise.

on se retrouve dans une situation de vide législatif, était sans fondement. Une autorité réglementaire ne peut stériliser l'application d'une loi et priver les justiciables d'un avantage ou d'une réparation auxquels ils auraient droit en s'abstenant d'adopter le règlement qui en conditionne l'existence. La décision que pourrait prendre (ou qu'aurait déjà prise) le ministre de ne pas indemniser l'appelante pourrait faire l'objet d'une contestation distincte. Cette détermination est nécessairement subséquente à l'entrée en vigueur du Décret d'urgence. Elle ne peut donc avoir aucun impact sur la validité du Décret d'urgence en tant que tel. Pour ce motif, il serait non seulement prématuré, mais également inopportun de se pencher sur une éventuelle demande d'indemnisation que pourrait présenter l'appelante et sur toutes les questions connexes que pourrait soulever une telle demande.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2.
Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, ss. 34, 35.
Civil Code of Québec, CQLR, c. CCQ-1991, s. 952.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(27), 92.
Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population), SOR/2016-211, ss. 2(1), 3.
Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population), SI/2016-36.
Environment Quality Act, CQLR, c. Q-2, s. 22.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 8.1.
Migratory Birds Convention Act, 1994, S.C. 1994, c. 22.
Order Amending Schedule 1 to the Species at Risk Act, SOR/2010-32, s. 5.
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29, ss. 6, 27, 29, 32–36, 34, 56–64, 61, 64, 80, 97.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- United Nations Convention on Biological Diversity*, June 5, 1992, 1760 U.N.T.S. 79.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991, art. 952.
Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien), DORS/2016-211, art. 2(1), 3.
Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien), TR/2016-36.
Décret modifiant l'annexe 1 de la Loi sur les espèces en péril, DORS/2010-32, art. 5.
Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16, art. 34, 35.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n^o 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5], art. 91(27), 92.
Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs, L.C. 1994, ch. 22.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 8.1.
Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2.
Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ, ch. Q-2, art. 22.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29, art. 6, 27, 29, 32–36, 34, 56–64, 61, 64, 80, 97.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention des Nations Unies sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Hydro-Québec, [1997] 3 S.C.R. 213, (1997), 151 D.L.R. (4th) 32, [1997] S.C.J. No. 76 (QL); *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 783; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1.

CONSIDERED:

Centre Québécois du droit de l'environnement v. Canada (Environnement), 2015 FC 773, 98 Admin. L.R. (5th) 233; *Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 430, Roussel J.A., order dated April 28, 2017, aff'd 2017 FCA 216; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 24 O.R. (3d) 454, [1995] S.C.J. No. 62 (QL); *Irving Oil Ltd. et al. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787, (1980), 29 N.B.R. (2d) 529, [1980] S.C.J. No. 23 (QL); *9255-2504 Québec Inc. v. Canada*, 2020 FC 161.

REFERRED TO:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, (1998), 156 D.L.R. (4th) 456; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] S.C.R. 810; *Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, (1978), 25 N.S.R. (2d) 128; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1, [1992] S.C.J. No. 1 (QL); *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, (1988), 49 D.L.R. (4th) 161, [1988] S.C.J. No. 23 (QL); *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, (1986), 32 D.L.R. (4th) 161; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Hinchey*, [1996] 3

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Hydro-Québec, [1997] 3 R.C.S. 213, [1997] A.C.S. n° 76 (QL); *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 783; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement), 2015 CF 773; *Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 430, la juge Roussel, J.C.A., ordonnance en date du 28 avril 2017, conf. par 2017 CAF 216; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, [1995] A.C.S. n° 62 (QL); *Irving Oil Ltd. et autres c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787, (1980), 29 R.N.-B. (2^e) 529, [1980] A.C.S. n° 23 (QL); *9255-2504 Québec Inc. c. Canada*, 2020 CF 161.

DÉCISIONS CITÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] R.C.S. 810; *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, [1992] A.C.S. n° 1 (QL); *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, [1988] A.C.S. n° 23 (QL); *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *Procureur général du Canada c. Tapirisat et autres*, [1980] 2 R.C.S. 735, [1980] A.C.S. n° 99 (QL);

S.C.R. 1128, (1996), 142 D.L.R. (4th) 50; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, [1980] S.C.J. No. 99 (QL); *St Hilaire v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 63, [2001] 4 F.C. 289; *Canada v. Raposo*, 2019 FCA 208.

St Hilaire c. Canada (Procureur général), 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289; *Canada c. Raposo*, 2019 CAF 208.

AUTHORS CITED

Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. suppl., Toronto: Carswell, 2007 (looseleaf 2016).

DOCTRINE CITÉE

Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. suppl., Toronto : Carswell, 2007 (feuilles mobiles 2016).

APPEAL from a decision of the Federal Court (2018 FC 643, [2019] 1 F.C.R. 643) refusing to invalidate the *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)*. Appeal dismissed.

APPEL interjeté contre la décision de la Cour fédérale (2018 CF 643, [2019] 1 R.C.F. 643 de refuser d'invalider le *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*. Appel rejeté.

APPEARANCES

Alain Chevrier and Alexandre Fournier for appellant.
Alexander Pless and Michelle Kellam for respondent.
David Robitaille and Marc Bishai for intervener.

ONT COMPARU :

Alain Chevrier et Alexandre Fournier pour l'appelante.
Alexander Pless et Michelle Kellam pour l'intimé.
David Robitaille et Marc Bishai pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD

Dunton Rainville LLP, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Michel Bélanger Avocats Inc., Montréal, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Dunton Rainville S.E.N.C.R.L., Montréal, pour l'appelante.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimé.
Michel Bélanger Avocats Inc., Montréal, pour l'intervenant.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] DE MONTIGNY J.A.: Le Groupe Maison Candiac Inc. (the appellant) is appealing from the decision by Justice LeBlanc of the Federal Court (as he then was) (Federal Court or LeBlanc J.) rendered on June 22, 2018, dismissing its application for judicial review (*Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 643, [2019] 1 F.C.R. 643) (the Decision). After a detailed and exhaustive analysis, the Federal

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Le Groupe Maison Candiac Inc. (l'appelante) se pourvoit à l'encontre de la décision rendue par le juge LeBlanc de la Cour fédérale (maintenant juge à notre Cour) (la Cour fédérale ou le juge LeBlanc) rendue en date du 22 juin 2018 rejetant sa demande de contrôle judiciaire (*Le Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 643, [2019] 1 R.C.F. 643) (la Décision). Au terme d'une

Court refused to invalidate the *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)*, SOR/2016-211 (the Order), as the appellant requested. Rather, the Court held that the enabling provision, under which the Order was made, falls within the jurisdiction of Parliament over criminal law, and that there was neither a disguised nor *de facto* expropriation despite the absence of compensation.

[2] The appellant has challenged each of these conclusions before us. It essentially argued that the Federal Court made an error of law in concluding that the enabling statute suppresses an “evil” within the meaning of subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (*Constitution Act, 1867*) and does not encroach on provincial jurisdiction. It also argued that the Federal Court erred in considering that the concepts of disguised or *de facto* expropriation did not apply in this case.

[3] Having carefully weighed the arguments of the parties and considered the applicable law, I am of the view that this appeal should be dismissed.

I. Background

[4] LeBlanc J. set out the factual and legislative context of this case at length, and the parties did not disagree with his views. As a result, it will not be necessary for me to deal with it extensively in these reasons. I will therefore simply review the essential elements which form the backdrop upon which the constitutional questions before us must be resolved.

[5] The appellant is a real estate developer and builder who operates in the province of Quebec, mainly in the municipalities of Saint-Philippe, Candiac, La Prairie and on the South Shore of Montreal. As part of its operations,

analyse fouillée et exhaustive, la Cour fédérale a refusé d’invalider le *Décret d’urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*, DORS/2016-211 (le Décret), comme l’y invitait l’appelante. La Cour en est plutôt arrivée à a conclusion que la disposition habilitante en vertu de laquelle le Décret a été adopté relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, et qu’il n’y a eu ni expropriation déguisée ni appropriation *de facto* malgré l’absence d’indemnisation.

[2] L’appelante a contesté devant nous chacune de ces conclusions. Elle soutient essentiellement que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que la loi habilitante réprime un « mal » au sens du paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict, ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (L.C. de 1867) et n’empiète pas sur les compétences provinciales. Elle fait également valoir que la Cour fédérale a erré en considérant que les concepts d’appropriation de fait ou d’expropriation déguisée ne s’appliquaient pas en l’espèce.

[3] Après avoir soigneusement soupesé les arguments des parties et tenu compte du droit applicable, je suis d’avis qu’il y a lieu de rejeter cet appel.

I. Contexte

[4] Le juge LeBlanc a fait longuement état du contexte factuel et législatif dans le cadre duquel s’inscrit le présent litige, et les parties n’ont pas exprimé de désaccord à ce chapitre. Par conséquent, il ne me sera pas nécessaire d’en traiter en long et en large dans le cadre des présents motifs. Je me contenterai donc plutôt de revenir sur les éléments essentiels qui tissent la toile de fond à partir de laquelle doivent être résolues les questions constitutionnelles qui nous sont soumises.

[5] L’appelante est un promoteur et un constructeur immobilier dont les activités s’exercent dans la province de Québec et plus principalement dans les municipalités de Saint-Philippe, Candiac, La Prairie et sur la

it acquired land for residential development. Because portions of this land contain wetlands, the appellant requested a certificate of authorization from Quebec's Ministry of Sustainable Development, Environment and the Fight against Climate Change. Section 22 of the *Environment Quality Act*, CQLR, c. Q-2 (*Environment Quality Act*), provides that no person may undertake any construction, work or activity in wetlands or bodies of water without obtaining a certificate of authorization, in order to protect the environment and biodiversity.

[6] The appellant obtained its certificate of authorization on September 3, 2010, allowing it to begin its residential development (Appeal Book, Vol. 2, tab H, at pages 445–447 (AB)). This authorization required the appellant to establish conservation areas on its property and implement a three-year follow-up program. In June 2016, the appellant also obtained a certificate of authorization from the Municipality of Saint-Philippe to cut trees and perform backfill work (AB, Vol. 2, tab H, at pages 514–516).

[7] Informed of the appellant's development work in 2013, the Minister of the Environment initially decided not to recommend the adoption of an emergency order, being of the opinion that this work did not constitute an imminent threat within the meaning of section 80 of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (the Act) (the text of this provision is reproduced in the appendix to these reasons). According to that provision, to which I will return later, the Governor in Council may, on the recommendation of the competent minister (in this case, the Minister of the Environment), make an emergency order to provide for the protection of a listed wildlife species. However, subsection 80(2), provides that the competent minister *must* make such a recommendation "if he or she is of the opinion that the species faces imminent threats to its survival or recovery."

Rive-Sud de Montréal. Dans le cadre de ses opérations, elle a acquis des terrains à des fins de développements résidentiels. Comme des zones humides se retrouvent sur certaines portions de ces terrains, l'appelante a demandé un certificat d'autorisation auprès du ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques du Québec. L'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, ch. Q-2 (*Loi sur la qualité de l'environnement*) requiert en effet un certificat d'autorisation pour pouvoir entreprendre une construction, un ouvrage ou une activité en milieu humide ou hydrique, l'objectif du certificat étant de protéger l'environnement et préserver la biodiversité.

[6] L'appelante a obtenu son certificat d'autorisation le 3 septembre 2010, lui permettant d'entreprendre son développement résidentiel (dossier d'appel, vol. 2, onglet H, aux pages 445–447 (DA)). Cette autorisation imposait à l'appelante l'obligation d'aménager des zones de conservation sur sa propriété et l'obligeait à mettre en place un programme de suivi pour une période de trois ans. L'appelante a par ailleurs obtenu de la Municipalité de Saint-Philippe, en juin 2016, un certificat d'autorisation afin d'entreprendre des travaux d'abattage d'arbres et de remblais (DA, vol. 2, onglet H, aux pages 514–516).

[7] Informée des travaux de développement de l'appelante dès 2013, la ministre de l'Environnement a initialement décidé de ne pas recommander l'adoption d'un décret d'urgence, étant d'avis que ces travaux ne constituaient pas une menace imminente au sens de l'article 80 de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (la Loi) (le texte de cette disposition est reproduit en annexe aux présents motifs). Cette disposition, sur laquelle je reviendrai plus loin, prévoit à son premier paragraphe que le gouverneur en conseil peut prendre un décret d'urgence pour protéger une espèce sauvage inscrite sur recommandation du ministre compétent (en l'occurrence, le ministre de l'Environnement). Le paragraphe 80(2) établit cependant que le ministre compétent *doit* faire une telle recommandation « s'il estime que l'espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement ».

[8] It should be mentioned at this point that the species in question is the Western Chorus Frog (the frog). This small amphibian, generally no more than 2.5 centimetres long as an adult, seldom moves more than 300 metres from its breeding place. The frogs prefer temporary and shallow wetlands. In Canada, they are only found in southern Ontario and southwestern Quebec (in the Outaouais and Montérégie). According to the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada, the Montérégie group has lost about 90 percent of its former range. At this rate, experts estimate that all of the frog's habitats are likely to disappear from the area within 10 to 25 years. Given the decline of the frog's population in Quebec (approximately 37 percent per decade) and in Ontario (30 percent between 1995 and 2006), the frog was added to Canada's List of Wildlife Species at Risk in 2010 (*Order Amending Schedule 1 to the Species at Risk Act*, SOR/2010-32, section 5).

[9] The Minister's decision not to recommend the adoption of an emergency decree was challenged through an application for judicial review by two non-profit environmental protection organizations. The Federal Court, with Justice Martineau presiding, allowed this application on June 22, 2015, and ordered the Minister to reconsider his decision within six months of the date of his judgment: *Centre Québécois du droit de l'environnement v. Canada (Environnement)*, 2015 FC 773, 98 Admin. L.R. (5th) 233 (*Centre Québécois du droit de l'environnement*). According to Martineau J., the Minister had erred in adopting a restrictive interpretation of subsection 80(2) of the Act whereby the requirement to be met by the Minister was limited to cases where a species was exposed to imminent threats to its survival or recovery on a national basis.

[10] Pursuant to this decision, Environment and Climate Change Canada (ECCC) initiated a systematic process of collecting and analyzing information on the frog and its habitat, including the current state of the species, its habitat in La Prairie, current and planned development projects, and existing protective measures, as well as consultation with municipalities and provincial departments. ECCC completed a detailed scientific

[8] Il convient de mentionner à ce stade-ci que l'espèce en question est la rainette faux-grillon de l'Ouest (la rainette). Ce petit amphibien, qui ne mesure généralement pas plus de 2,5 centimètres à l'âge adulte, se déplace rarement à plus de 300 mètres de son lieu de reproduction. Elles privilégient les milieux humides temporaires et peu profonds, et ne sont présentes au Canada que dans le sud de l'Ontario et le sud-ouest du Québec (en Outaouais et en Montérégie). D'après le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, le groupe de la Montérégie a disparu d'environ 90 p. 100 de son ancienne aire de répartition, si bien qu'à ce rythme, les experts estiment que l'ensemble des habitats de la rainette risque de disparaître de la région d'ici 10 à 25 ans. Compte tenu du déclin de la population des rainettes au Québec (environ 37 p. 100 par décennie) et en Ontario (30 p. 100 entre 1995 et 2006), la rainette a été inscrite à la liste des espèces en péril au Canada en 2010 (*Décret modifiant l'annexe 1 de la Loi sur les espèces en péril*, DORS/2010-32, art. 5).

[9] La décision du ministre de ne pas recommander l'adoption d'un décret d'urgence a été contestée par le biais d'une demande de contrôle judiciaire présentée par deux organismes sans but lucratif œuvrant dans le domaine de la protection de l'environnement. La Cour fédérale, sous la plume du juge Martineau, a accueilli cette demande le 22 juin 2015 et a ordonné au ministre de reconsidérer sa décision dans les six mois suivant la date de son jugement : *Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement)*, 2015 CF 773 (*Centre québécois du droit de l'environnement*). Aux yeux du juge Martineau, le ministre avait erré en adoptant une interprétation restrictive du paragraphe 80(2) de la Loi faisant en sorte que l'obligation impérative imposée au ministre soit limitée aux seuls cas où une espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement sur une base nationale.

[10] Conformément à cette décision, le ministère de l'Environnement et du Changement climatique Canada (le MECCC) a entamé un processus complet de collecte et d'analyse de renseignements concernant la rainette et son habitat, portant notamment sur l'état de l'espèce, son habitat à La Prairie, les projets de développement en cours et planifiés, et les mesures de protection en place, ainsi que la consultation des municipalités et des

assessment of the frog, as well as a detailed protection assessment of the species, including a review of legal protection by the provinces and the compensation and mitigation measures planned by various developers (including the appellant). In a third assessment dealing with imminent threats, ECCC considered the measures taken to mitigate the impact of the residential project, but found that [TRANSLATION] “these measures will probably not ensure the long-term viability of the metapopulation affected by the project” (AB, at pages 866 and 1474). Consequently, the study found that [TRANSLATION] “the viability of the La Prairie metapopulation is threatened in the short term. As a result, an immediate response is required” (AB, at page 1478).

[11] Given these findings, the Minister ruled that there was an imminent threat to the frog’s recovery in the area where the appellant was to build its housing development project. As she was required under the Act, she therefore recommended to the Governor in Council that an emergency order be made on December 4, 2015. Following this announcement, ECCC gathered information to establish the scope of the recommended Emergency Order and the prohibited activities likely to be included in it, and held meetings with various stakeholders, including the appellant.

[12] On June 17, 2016, the Governor in Council adopted the *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)*, SI/2016-36, which was to come into force 30 days after it was registered. However, the day after a public information meeting was held on the Order (June 23, 2016), ECCC wildlife enforcement officers noted that activities likely to destroy the habitat identified in the Order were underway on the appellant’s property. Consequently, the Governor in Council adopted a new Order on July 8, 2016, which came into force immediately to counter any activities that would not be compatible with it (the Order at issue in this case, above, at paragraph 1).

ministères provinciaux. Le MECCC a complété une évaluation scientifique détaillée de la rainette, ainsi qu’une évaluation détaillée de la protection de l’espèce, y compris l’analyse de la protection légale par les provinces et les mesures de compensation et de mitigation prévues par différents promoteurs (incluant l’appelante). Dans une troisième évaluation, portant sur les menaces imminentes, le MECCC a considéré les mesures prises afin d’atténuer l’impact du projet résidentiel, mais a conclu que « ces mesures ne permettront probablement pas d’assurer la viabilité à long terme de la métapopulation touchée par le projet » (DA, aux pages 866 et 1474). En conséquence, l’étude conclut que « la viabilité de la métapopulation de La Prairie est menacée à court terme, de telle façon qu’une intervention immédiate est requise » (DA, à la page 1478).

[11] Compte tenu de ces constats, la ministre a établi qu’une menace imminente pesait sur le rétablissement de la rainette dans le territoire où l’appelante devait réaliser son projet domiciliaire. Comme elle y était tenue par la Loi, elle a donc recommandé au gouverneur en conseil de prendre un décret d’urgence le 4 décembre 2015. Suite à cette annonce, le MECCC a recueilli des renseignements pour établir la portée du Décret d’urgence recommandé et les activités interdites susceptibles d’y être incluses, et a tenu des rencontres avec divers intervenants, dont l’appelante.

[12] Le 17 juin 2016, le gouverneur en conseil a adopté le *Décret d’urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*, TR/2016-36, qui devait entrer en vigueur le 30^e jour suivant la date de son enregistrement. Or, le lendemain d’une rencontre d’information publique tenue au sujet du Décret (soit le 23 juin 2016), les agents de la faune du MECCC constatent que des activités susceptibles de détruire l’habitat désigné dans le Décret sont en cours, notamment sur les terrains de l’appelante. Ce voyant, le gouverneur en conseil adopte un nouveau Décret le 8 juillet 2016, avec prise d’effet immédiate de façon à contrer toute activité qui ne lui serait pas compatible (ceci étant le Décret en litige en l’instance, précité, au paragraphe 1).

[13] The area covered by the Order consists of breeding ponds confirmed to be active and the area within a 300-metre radius of these ponds, from which unsuitable habitat features have been removed. The total area of the zone included in the area covered by the Order is 1.85 km². The area was defined based on general and historical information, scientific studies and public consultations. Some of the appellant's lots are included, in whole or in part, in the area covered by the Order. Indeed, the evidence shows that the area of the appellant's lots covered by the Order is approximately 0.098 km², or about 20 percent of the area of the appellant's remaining lots.

[14] Subsection 2(1) of the Order lists the prohibited activities in the areas set out in the Schedule:

Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population), SOR/2016-211

Prohibitions

Prohibited activities

2 (1) In the areas described in the schedule, it is prohibited to

- (a) remove, compact or plow the soil;
- (b) remove, prune, damage, destroy or introduce any vegetation, such as a tree, shrub or plant
- (c) drain or flood the ground;
- (d) alter surface water in any manner, including by altering its flow rate, its volume or the direction of its flow;
- (e) install or construct, or perform any maintenance work on, any infrastructure;
- (f) operate a motor vehicle, an all-terrain vehicle or a snowmobile anywhere other than on a road or paved path;
- (g) install or construct any structure or barrier that impedes the circulation, dispersal or migration of the Western Chorus Frog;

[13] L'aire d'application du Décret est constituée d'étangs de reproduction confirmés comme étant actifs et des rayons de 300 mètres de ces étangs, desquels ont été retirés les éléments non convenables pour l'habitat. La superficie totale de la zone comprise dans l'aire d'application du Décret est de 1,85 km². Son étendue a été délimitée à partir de renseignements généraux et historiques, des études scientifiques et des consultations publiques. Certains des lots de l'appelante sont inclus, en tout ou en partie, dans l'aire d'application du Décret. En fait, la preuve démontre que la superficie des lots appartenant à l'appelante touchée par le Décret représente environ 0,098km², ce qui représenterait environ 20 p. 100 de la superficie des lots restants de l'appelante.

[14] Le paragraphe 2(1) du Décret énumère les activités interdites dans les aires figurant à l'annexe :

Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien), DORS/2016-211

Interdictions

Activités interdites

2 (1) Les activités ci-après sont interdites dans les aires figurant à l'annexe :

- a) retirer, tasser ou labourer la terre;
- b) enlever, tailler, endommager, détruire ou introduire toute végétation, notamment les arbres, les arbustes ou les plantes;
- c) drainer ou ennoyer le sol;
- d) altérer de quelque façon que ce soit les eaux de surface, notamment modifier leur débit, leur volume ou le sens de leur écoulement;
- e) installer ou construire une infrastructure ou procéder à toute forme d'entretien d'une infrastructure;
- f) circuler avec un véhicule routier, un véhicule tout-terrain ou une motoneige ailleurs que sur la route ou les sentiers pavés;
- g) installer ou construire des ouvrages ou des barrières qui font obstacle à la circulation, à la dispersion ou à la migration de la rainette faux-grillon de l'Ouest;

(h) deposit, discharge, dump or immerse any material or substance, including snow, gravel, sand, soil, construction material, greywater or swimming pool water; and

(i) use or apply a *pest control product* as defined in section 2 of the *Pest Control Products Act* or a *fertilizer* as defined in section 2 of the *Fertilizers Act*.

h) verser, rejeter, déposer ou immerger toute matière ou substance, notamment de la neige, du gravier, du sable, de la terre, des matériaux de construction, des eaux grises ou des eaux de piscine;

i) utiliser ou épandre tout *engrais* au sens de l'article 2 de la *Loi sur les engrais* ou tout *produit antiparasitaire* au sens de l'article 2 de la *Loi sur les produits antiparasitaires*.

[15] Finally, section 3 of the Order provides that any violation of these prohibitions is an offence for the purposes of section 97 of the Act, which provides that the offender is liable to (subsection 97(1.1)) a fine of not more than \$1 000 000 in the case of a corporation, other than a non-profit corporation, and in the case of any other person, to a fine of not more than \$250 000 or to imprisonment for a term of not more than five years.

[16] On August 5, 2016, the appellant filed a notice of application for judicial review to:

[TRANSLATION] [Have the Court declare] the Order null, inoperative and non-opposable to [the applicant] on the basis that subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act (*Species at Risk Act* (S.C. 2002 c. 29)) under which it was adopted is unconstitutional because said Order is equivalent to an expropriation of the (applicant's) property without compensation.

[17] Following a two-day hearing, the Federal Court dismissed the application for judicial review on June 22, 2018 (the Decision, at paragraph 5).

II. Impugned decision

[18] After having carefully described the context of this case and reviewed the history of the protection of species at risk in Canada, the Federal Court considered the constitutionality of the impugned legislative provision and whether the Emergency Order constituted a form of expropriation without compensation. The Court applied the standard of correctness when it considered both issues.

[19] Before summarizing the respective positions of the parties, the Federal Court first recalled the analytical framework and applicable principles for determining

[15] Enfin, l'article 3 du Décret prévoit que toute contravention à ces interdictions constitue une infraction visée à l'article 97 de la Loi, lequel prévoit (au paragraphe 97(1.1)) une amende maximale de 1 000 000 \$ pour une personne morale autre qu'une personne morale sans but lucratif, ainsi qu'une amende maximale de 250 000 \$ et un emprisonnement maximal de cinq ans pour une personne physique.

[16] Le 5 août 2016, l'appelante a déposé un avis de demande de contrôle judiciaire pour :

[Faire déclarer] nul, inopérant et inopposable à [la Demanderesse ledit] Décret d'urgence pour le motif que le sous-alinéa 80 (4) (c) (ii) de la [Loi sur les espèces en péril (L.C. 2002 ch. 29)] en vertu duquel il a été adopté est inconstitutionnel et parce que ledit Décret équivaut à une expropriation sans indemnité de la propriété de [la Demanderesse].

[17] Suite à une audition de deux jours, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire le 22 juin 2018 (la Décision, au paragraphe 5).

II. Décision contestée

[18] Après avoir soigneusement décrit le contexte dans lequel s'inscrit le présent litige et retracé l'histoire de la protection des espèces en péril au Canada, la Cour fédérale s'est penchée sur la constitutionnalité de la disposition législative contestée et sur la question de savoir si le Décret d'urgence constitue une forme d'expropriation sans indemnisation. La Cour a procédé à cet exercice en appliquant la norme de la décision correcte pour les deux questions.

[19] Avant de résumer la position respective des parties, la Cour fédérale a d'abord rappelé le cadre d'analyse et les principes applicables lorsque la validité constitutionnelle

the constitutional validity of a statutory provision in relation to the division of powers, then described the legislative framework which contains the impugned provision. More specifically, the Federal Court then considered whether subparagraph 80(4)(c)(ii): (1) has a legitimate public purpose in criminal law; (2) colourably encroaches on areas of exclusive provincial legislative competence; and (3) the system of prohibitions it established resembles a criminal law system. It should be noted here that the appellant does not challenge the Act as a whole, only the above subparagraph. Groupe Candiac accepts that the Act first aims to protect wild species (aquatic species and protected migratory birds) and spaces (federal lands); hence, federal legislative jurisdiction is not in doubt.

[20] With respect to the purpose of subparagraph 80(4)(c)(ii), the Federal Court rejected the characterization made by the appellant, that its pith and substance was to allow the federal government to impose, for the sake of consistency and efficiency, standards of conduct for the protection of wildlife species, regardless of the species or where its population resides. Rather, it adopted the Attorney General's position that the purpose and legal effect of this provision would be to give the Governor in Council emergency intervention authority when a species at risk is about to suffer harm that would jeopardize its survival or recovery (the Decision, at paragraphs 103–104). And in the Federal Court's view, this is clearly an "evil" that Parliament could seek to suppress through its criminal law power. Relying primarily on the Supreme Court's decision in *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, (1997), 151 D.L.R. (4th) 32, [1997] S.C.J. No. 76 (QL) (*Hydro-Québec*), the Court wrote [at paragraph 110]:

For one thing, I believe that subparagraph 80(4)(c)(ii) is intended to suppress an "evil." I have difficulty in understanding how the release of toxic substances into the environment, caused by human activity, can properly constitute a source of legitimate criminal concern, but not an imminent threat, caused by human activity, to the survival or recovery of a species at risk, which, like all other species, is essential to maintaining life-sustaining systems

d'une disposition législative doit être évaluée au regard du partage des compétences, puis décrit le cadre législatif dans lequel s'insère la disposition contestée. S'agissant plus particulièrement du sous-alinéa 80(4)c)(ii), la Cour fédérale s'est ensuite demandée : 1) s'il poursuit un objectif public légitime de droit criminel; 2) s'il empiète spécieusement sur des domaines de compétences législatives provinciales exclusives; et 3) si le régime d'interdiction qu'il établit possède les attributs de forme d'un régime de droit criminel. Il convient ici de préciser que l'appelante ne conteste pas la Loi dans son ensemble, mais uniquement l'alinéa précité; en effet, Groupe Candiac reconnaît que la Loi vise d'abord à protéger des espèces sauvages (les espèces aquatiques et les oiseaux migrateurs protégés) et des espaces (les terres domaniales) dont le rattachement aux compétences législatives fédérales ne saurait faire de doute.

[20] En ce qui concerne l'objectif du sous-alinéa 80(4)c)(ii), la Cour fédérale a rejeté la caractérisation qu'en avait faite l'appelante, à savoir que son caractère véritable était de permettre au gouvernement fédéral d'imposer, par souci d'uniformité et d'efficacité, des normes de conduite visant la protection des espèces sauvages, quelle que soit l'espèce ou l'endroit où sa population se trouve. Elle a plutôt retenu la position du Procureur général selon laquelle l'objet et l'effet juridique de cette disposition seraient plutôt de permettre au gouverneur en conseil d'intervenir d'urgence lorsqu'une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettrait sa survie ou son rétablissement (la Décision, aux paragraphes 103 et 104). Et de l'avis de la Cour fédérale, il s'agit manifestement là d'un « mal » que le Parlement pouvait chercher à réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel. S'appuyant principalement sur la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, [1997] A.C.S. n° 76 (QL) (*Hydro-Québec*), la Cour écrit [au paragraphe 110] :

D'une part, j'estime que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) vise à réprimer un « mal ». J'ai de la difficulté à voir comment le rejet, du fait de l'activité humaine, de substances toxiques dans l'environnement peut à bon droit constituer une source de préoccupation légitime de droit criminel, mais non l'imminence, du fait de l'activité humaine, d'une situation qui menace la survie même ou le rétablissement d'une espèce en péril, laquelle, comme

of the biosphere, the depletion of which, by human activity, no longer needs to be demonstrated, nor does the impact of this depletion on the quality of the environment.

[21] In addition, the Federal Court did not accept the appellant's contention that subparagraph 80(4)(c)(ii), under the guise of the criminal law power, constitutes in fact a colourable attempt to encroach on the jurisdiction of the provinces (the Decision, at paragraphs 96 and 105). Rather, it accepted the Attorney General's argument that the impugned provision rather authorizes emergency intervention when a species at risk is facing an imminent threat to its survival or recovery. The Court also noted that, unlike the case of an emergency order targeting an aquatic species, a migratory bird or any species on federal lands, the Order issued under subparagraph 80(4)(c)(ii) does not authorize the Governor in Council to impose protective measures, and saw it as evidence that Parliament did not assume the power to protect species at risk for the sake of efficiency and consistency. According to the Federal Court, although the Emergency Order could affect the application of existing provincial legislation, it is not determinative of the fact that the pith and substance doctrine allows encroachments on the other level of government's jurisdiction (the Decision, at paragraphs 129–130).

[22] Finally, the Federal Court rejected the appellant's argument that subparagraph 80(4)(c)(ii) did not have the ingredients of a criminal law system, where a prohibition is combined with a sanction. The appellant had argued that the system was purely regulatory in nature, insofar as it allowed the federal government to impose discretionary prohibitions in a designated area and make exemptions, the content of which was also left to the discretion of the federal government. Citing again *Hydro-Québec* and *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 783 (*Reference re Firearms*); P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. suppl., Toronto: Carswell, 2007 (looseleaf 2016) (Hogg), section 15.5(i), the Court expressed the view that Parliament may delegate to the executive branch the

toutes les autres, est essentielle à la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère dont l'appauvrissement, du fait de l'activité humaine, n'est maintenant plus à démontrer tout comme n'est plus à démontrer l'impact de cet appauvrissement sur la qualité de l'environnement.

[21] D'autre part, la Cour fédérale n'a pas retenu la prétention de l'appelante à l'effet que le sous-alinéa 80(4)c(ii), sous le couvert d'une disposition de droit criminel, constitue en fait une tentative déguisée d'envahir les champs de compétences provinciales (la Décision, aux paragraphes 96 et 105). Elle a plutôt retenu la thèse du procureur général, selon laquelle la disposition contestée autorise plutôt une intervention d'urgence lorsqu'une espèce en péril est exposée à une menace imminente à sa survie ou à son rétablissement. Elle note d'ailleurs que contrairement à ce qui est le cas d'un décret d'urgence visant une espèce aquatique, un oiseau migrateur ou toute espèce se trouvant sur le territoire domanial, le Décret émis sous l'autorité du sous-alinéa 80(4)c(ii) n'autorise pas le gouverneur en conseil à imposer des mesures de protection, et y voit la preuve que le Parlement ne s'est pas arrogé le pouvoir de protéger des espèces en péril par souci d'efficacité et d'uniformité. Le fait que le Décret d'urgence puisse affecter l'application de la législation provinciale en place n'est pas déterminant, selon la Cour fédérale, du fait que la doctrine du caractère véritable permet des empiètements sur les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement (la Décision, aux paragraphes 129 et 130).

[22] Enfin, la Cour fédérale a rejeté l'argument de l'appelante suivant lequel le sous-alinéa 80(4)c(ii) ne respectait pas les attributs de forme d'un régime de droit criminel, à savoir une interdiction assortie d'une sanction. L'appelante avait plaidé que le régime était de nature purement réglementaire, dans la mesure où il permet au gouvernement fédéral d'imposer de manière discrétionnaire, sur un territoire désigné, des interdictions assorties de sanctions et de prévoir des exemptions dont le contenu est également laissé à la discrétion de ce même gouvernement. S'appuyant encore une fois sur l'arrêt *Hydro-Québec* ainsi que sur le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 783 (*Renvoi sur les armes à feu*); P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. suppl.,

power to define or specify conduct that could have criminal consequences, and thus authorize the establishment of detailed, precise and highly complex regulatory systems (the Decision, at paragraph 143). Such a flexible approach is particularly appropriate in environmental matters, given the inherent complexity of these matters and the wide range of activities that may be involved. The Court made the following comment [at paragraph 150]:

In *Hydro-Québec*, the majority stated that it was, “of course,” within Parliament’s criminal law power to carefully adapt, using regulatory authority, the prohibited activity based on the circumstances in which a toxic substance can be used or dealt with. I believe the same is true for the protection of species at risk facing an imminent threat to their survival or recovery. The measures deemed necessary in one case might not be necessary in another, with each species and each critical habitat having its own particularities. Giving the executive branch the power to carefully adapt the prohibited activity, as does subparagraph 80(4)(c)(ii), according to the particularities of the species and its habitat and the circumstances creating the imminent threat to its survival or recovery is, in my view, a valid exercise of Parliament’s criminal law power.

[23] Given its ruling that subparagraph 80(4)(c)(ii) constitutes a valid exercise of Parliament’s legislative power over criminal law, the Federal Court did not see fit to rule on whether it could also fall under the peace, order and good government clause, or to examine the ancillary powers doctrine (the Decision, at paragraph 167). That said, the Court nevertheless expressed the view that this provision had a rational and functional connection with the Act as a whole, and that it would therefore have saved it as an ancillary measure to an otherwise valid legislative scheme even if it could not be considered, on its own, a true measure of criminal law (the Decision, at paragraph 188).

Toronto : Carswell, 2007 (feuilles mobiles 2016) (Hogg), section 15.5(i), la Cour s’est plutôt dite d’avis que le Parlement peut déléguer à l’Exécutif le pouvoir de définir ou préciser les conduites pouvant avoir des conséquences pénales, et ainsi autoriser la mise en place de schémas réglementaires détaillés, précis et même d’une grande complexité (la Décision, au paragraphe 143). Une telle approche flexible est particulièrement appropriée en matière environnementale, compte tenu de la complexité inhérente à cette matière et de la vaste gamme d’activités qui peuvent être impliquées. La Cour écrit à ce propos [au paragraphe 150] :

Les juges majoritaires, dans l’arrêt *Hydro Québec*, ont statué qu’il relevait « naturellement » de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, d’adapter soigneusement, par le biais d’un pouvoir réglementaire, l’activité interdite en fonction des circonstances dans lesquelles une substance toxique peut être utilisée ou traitée. J’estime qu’il en va de même de la protection des espèces en péril dont la survie ou le rétablissement sont menacés d’un péril imminent. Les mesures jugées nécessaires dans un cas, peuvent ne pas l’être dans l’autre, chaque espèce et chaque habitat essentiel présentant des particularités qui leurs sont propres. Doter l’Exécutif, comme le fait le sous-alinéa 80(4)(c)(ii), du pouvoir d’adapter soigneusement l’activité interdite en fonction des particularités de l’espèce visée et de son habitat et des circonstances dans lesquelles la menace imminente pour sa survie ou son rétablissement se présente me paraît relever d’un exercice valide de la compétence du parlement en matière de droit criminel.

[23] Étant donné sa conclusion que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) constitue un exercice valide du pouvoir législatif en matière de droit criminel, la Cour fédérale n’a pas jugé bon de se prononcer sur la question de savoir s’il pourrait également relever de la compétence relative à la paix, l’ordre et le bon gouvernement, ni d’examiner la doctrine des pouvoirs accessoires (la Décision, au paragraphe 167). Ceci dit, la Cour a néanmoins exprimé l’opinion que cette disposition a un lien rationnel et fonctionnel avec la Loi dans son ensemble, et qu’elle l’aurait par conséquent sauvegardée à titre de mesure accessoire d’un régime législatif par ailleurs valide dans l’hypothèse même où elle ne pourrait être considérée, de façon isolée, comme une véritable mesure de droit criminel (la Décision, au paragraphe 188).

[24] Finally, the Federal Court held that Parliament had expressly provided a mechanism to compensate for losses suffered following the application of an emergency order, which counters the arguments of disguised or *de facto* expropriation submitted by the appellant. Also, the Minister's decision not to grant compensation may be judicially reviewed and in any case has no impact on the validity of the power to make an emergency order. These are two different decision-making processes that meet different and independent factual and legislative dynamics (the Decision, at paragraphs 209 and 213).

III. Issues

[25] The only issues before the Federal Court were whether subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act is constitutionally valid, and whether the Order is void on the grounds that it constitutes a form of expropriation without compensation. The notice of application filed pursuant to section 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, the notice of appeal before this Court and the notice of constitutional question all stated that the relief sought consisted in having the Court declare the Emergency Order null, inoperative and non-opposable to the appellant [TRANSLATION] “on the ground that subparagraph 80(4)(c)(ii) of the (Act) pursuant to which it was adopted is unconstitutional and because said Order amounts to an expropriation of the appellant's property without compensation”.

[26] Before this Court, the appellant attempted to broaden the controversy somewhat by raising the reasonableness of the Order. However, the Federal Court (*Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 430, Roussel J.A., order dated April 28, 2017, affirmed by 2017 FCA 216) dismissed the appellant's motion to amend its notice of application for judicial review to allow it to challenge the appropriateness of making the Order. Therefore, in my view, the only issues that are appealable before us are as follows:

[24] Enfin, la Cour fédérale a conclu que le Parlement avait prévu en termes exprès un mécanisme d'indemnisation pour les pertes subies du fait de l'application d'un décret d'urgence, ce qui fait obstacle aux arguments d'expropriation déguisée ou d'appropriation *de facto* avancés par l'appelante. Quant à la décision du Ministre de ne pas accorder d'indemnisation, elle peut être contrôlée judiciairement et n'a de toute façon aucune incidence sur la validité du pouvoir d'émettre un décret d'urgence. Ce sont là deux processus décisionnels différents, répondant à des dynamiques factuelles et législatives différentes et indépendantes (la Décision, aux paragraphes 209 et 213).

III. Questions en litige

[25] Les seules questions en litige devant la Cour fédérale étaient celles de savoir si le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi est constitutionnellement valide, et si le Décret est nul du fait qu'il constitue une forme d'expropriation sans indemnisation. De fait, l'avis de demande présenté en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, l'avis d'appel devant cette Cour et l'Avis de questions constitutionnelles précisent tous que la réparation demandée consiste à faire déclarer nul, inopérant et inopposable à l'appelante « le Décret d'urgence pour le motif que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la [Loi] en vertu duquel il a été adopté est inconstitutionnel et parce que ledit Décret équivaut à une expropriation sans indemnité de la propriété de l'appelante ».

[26] Devant cette Cour, l'appelante a tenté d'élargir quelque peu le débat en soulevant la raisonnablement du Décret. Or, la Cour fédérale (*Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 430, la juge Roussel, J.C.A., ordonnance en date du 28 avril 2017, confirmée par 2017 CAF 216) a rejeté une requête de l'appelante visant à modifier son avis de demande de contrôle judiciaire pour lui permettre de contester l'opportunité d'émettre le Décret. Par conséquent, j'estime que les seules questions pouvant valablement faire l'objet d'un appel devant nous sont les suivantes :

- (a) Did the Federal Court err in ruling that subparagraph 80(4)(c)(ii) falls within Parliament’s criminal law power?
- (b) Did the Federal Court err in ruling that the absence of compensation does not invalidate the Order?

- a) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel?
- b) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que l’absence d’indemnisation n’entraîne pas l’invalidité du Décret?

IV. Analysis

[27] When this Court hears an appeal from a judicial review decision of the Federal Court, our role is to decide whether the appropriate standard of review was followed and whether it was applied correctly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 45. In this case, LeBlanc J. applied the correctness standard to both issues, and I conclude that it was the appropriate standard.

[28] The Supreme Court did not change the standard of review to be applied when examining questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 55. In *Vavilov*, the Court reiterated that the standard of correctness must continue to be applied in reviewing such questions, as was the practice in the past (*Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, (1998), 156 D.L.R. (4th) 456; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190).

[29] As to whether the Order is valid despite the absence of compensation for those affected, in my view, this is rather a question of statutory interpretation. As the Supreme Court has stated on more than one occasion, regulations (to which the emergency order is akin) benefit from a presumption of validity. They can be struck down only if they are shown to be inconsistent with the objective of the enabling statute or the statutory mandate to the point of being “irrelevant”, “extraneous” or “completely unrelated” to the statutory purpose: *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*,

IV. Analyse

[27] Lorsque cette Cour siège en appel d’une décision rendue par la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire, notre rôle consiste à décider si la norme de contrôle appropriée a été utilisée et si elle a été appliquée correctement : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 45. En l’occurrence, le juge LeBlanc a appliqué la norme de la décision correcte pour les deux questions en litige, et j’estime qu’il s’agissait de la norme appropriée.

[28] La Cour suprême n’a pas modifié la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer à l’examen des questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, au paragraphe 55. La Cour a réitéré dans cette affaire qu’il fallait continuer d’appliquer la norme de la décision correcte au moment d’examiner les questions de cette nature, comme il était de mise de le faire auparavant (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190).

[29] Quant à la question de savoir si le Décret est valide malgré l’absence d’indemnisation des personnes touchées, j’estime qu’il s’agit là d’une question d’interprétation législative. Comme la Cour suprême l’a énoncé à plus d’une reprise, les règlements (auxquels s’apparente le Décret d’urgence) jouissent d’une présomption de validité et ne seront déclarés nul que dans l’hypothèse où il peut être démontré qu’ils sont incompatibles avec l’objectif de la loi habilitante, qu’ils excèdent le mandat prévu par la loi au point de reposer sur des considérations « sans importance », d’être « non

2013 SCC 64, [2013] S.C.R. 810, at paragraphs 24 and 28; *Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91 (*Syncrude*), at paragraph 27.

A. *Did the Federal Court err in finding that subparagraph 80(4)(c)(ii) falls within Parliament's criminal law power?*

[30] It is well settled in Canadian law that laws adopted by both Parliament and the provincial legislatures are entitled to a presumption of constitutionality. Therefore, the party alleging the invalidity of a law is required to show that it is invalid: see, *inter alia*, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Reference re Firearms*, at paragraph 25.

[31] To determine whether an act or one of its provisions has been validly enacted, a two-stage analysis must be performed. The first step is to determine the “pith and substance” of the legislation or provision: this stage is called the classification of the law. This exercise involves an examination of the purpose and effects of the law in order to determine its “true meaning or essential character, its core” (*Reference re Firearms*, at paragraph 16; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693 (*Long-Gun Registry*), at paragraphs 28–30; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 25–26). The purpose can be discovered by reading the legislation itself. It can also be ascertained by reference to extrinsic materials such as Hansard and government publications. It can also be inferred from the problems which Parliament sought to remedy: see *Reference re Firearms*, at paragraph 17; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paragraph 64; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at pages 242–245, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1 (*RJR-MacDonald Inc.*); *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at paragraphs 17–18; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism*

pertinent » ou « complètement étranger » à l’objet de la loi : *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] R.C.S. 810, aux paragraphes 24 et 28; *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160 (*Syncrude*), au paragraphe 27.

A. *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel?*

[30] Il est bien établi, en droit canadien, que les lois adoptées tant par le Parlement que par les législatures provinciales jouissent d’une présomption de constitutionnalité. Par conséquent, c’est à la partie qui allègue l’invalidité d’une loi qu’il revient d’en faire la démonstration : voir notamment *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 25.

[31] Pour décider si une loi ou l’une de ses dispositions a été valablement édictée, il faut procéder à une analyse en deux étapes. La première consiste à déterminer le « caractère véritable » de la loi ou de la disposition : c’est ce qu’on appelle l’étape de la qualification de la loi. Cet exercice suppose un examen de son objet et de ses effets, de façon à en cerner la « véritable signification ou son caractère essentiel, sa quintessence » (*Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 16; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693 (*Registre des armes d’épaule*), aux paragraphes 28–30; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 25 et 26). L’objet peut être découvert à la lecture même de la loi, mais peut également être révélé à partir de la preuve extrinsèque comme le Hansard et les publications gouvernementales; il peut également être déduit des problèmes auxquels le législateur a voulu remédier : voir *Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 17; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, au paragraphe 64; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 (*RJR-MacDonald Inc.*), aux pages 242–245 [paragraphes 30 et 31]; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots*

and Culture), 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at paragraph 53.

[32] Once this first stage has been completed, it must be determined whether the legislation so characterized falls under the head of power said to support it—the classification stage. This may require interpretation of the scope of the aforementioned power on the basis of the case law.

[33] It should be mentioned that the validity of an act must be examined, both at the qualification and classification stages, without taking into account the existence and terms of another related act which might have been adopted by the other level of government: Hogg, at page 16-3. If this is the case, it is because Canadian constitutional law has long recognized that a subject or matter can be approached from more than one angle. As a result, a federal law and a provincial law may govern an issue from different perspectives. This is the double aspect doctrine, which brings into play the principle of the paramountcy of federal law in the event of an operational conflict between federal and provincial legislation. The presence or absence of a provincial law on the same subject cannot therefore have any impact on the validity of a federal measure: *Long-Gun Registry*, at paragraphs 20 and 38; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457 (*Reference re Assisted Reproduction*), at paragraph 68.

[34] The Federal Court scrupulously followed this approach. After having presented both parties' arguments regarding the pith and substance of subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act and taking into account the more general context of the Act, the Court accepted the Attorney General's argument and considered that this provision, by virtue of its purpose and legal and practical effects, was "to give the Governor in Council emergency intervention authority when a species at risk is about to suffer harm that will compromise its survival or recovery" (the Decision, at paragraph 104). The Court further stated that this provision

Association, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, aux paragraphes 17–18; *Bande Kikkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, au paragraphe 53.

[32] Une fois cette première étape franchie, il faut déterminer si la loi telle que qualifiée relève du chef de compétence qui est invoqué à son soutien : c'est ce que l'on appelle l'étape de la classification. Pour procéder à cet exercice, il faut parfois interpréter la portée de la compétence visée à l'aide de la jurisprudence antérieure.

[33] Il convient de mentionner que l'examen de la validité d'une loi, tant à l'étape de sa qualification que de sa classification, doit se faire sans tenir compte de l'existence et des termes d'une autre loi connexe qui aurait pu être adoptée par l'autre ordre de gouvernement : Hogg, à la page 16-3. S'il en va ainsi, c'est notamment parce que le droit constitutionnel canadien reconnaît depuis longtemps qu'un même sujet ou une même matière peut être abordé sous plus d'un angle, si bien qu'une loi fédérale et une loi provinciale peuvent régir une question à partir de points de vue différents. Il s'agit là de la doctrine du double aspect, qui donnera ouverture au principe de la primauté de la loi fédérale en cas de conflit opérationnel entre deux lois fédérale et provinciale. La présence ou l'absence d'une loi provinciale portant sur le même sujet ne saurait donc avoir aucune incidence sur la validité d'une mesure fédérale : *Registre des armes d'épaule*, aux paragraphes 20 et 38; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457 (*Renvoi relatif à la procréation assistée*), au paragraphe 68.

[34] La Cour fédérale a scrupuleusement suivi cette démarche. Après avoir exposé la thèse des deux parties quant au caractère véritable du sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi et tenu compte du contexte plus global de cette dernière, elle a retenu la thèse du Procureur général et considéré que cette disposition, de par son objet et ses effets juridiques et pratiques, était « de doter le gouverneur en conseil d'un pouvoir d'intervention d'urgence lorsqu'une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettra sa survie ou son rétablissement » (la Décision, au paragraphe 104). La Cour a ajouté que

allowed the Governor in Council to make an order without having to conduct consultations and comply with the formalities normally required to make prohibitions under sections 34 and 61 of the Act applicable in a province in order to prevent the “brutal and sudden” disappearance of a species at risk (*Centre québécois du droit de l’environnement*, at paragraph 104).

[35] In my view, this characterization of subparagraph 80(4)(c)(ii) is unassailable and perfectly consistent with the purpose and effects of this provision. The purpose of the Act is not at all to directly encroach on provincial jurisdiction or impose uniform national standards, as the appellant argued at trial and reiterated before us. On the contrary, I am of the view that subparagraph 80(4)(c)(ii) is really intended to permit an emergency response when a listed wildlife species is about to suffer harm that will jeopardize its survival or recovery.

[36] The very language of the Act confirms this objective. Section 6 of the Act, “Purposes”, states that “[t]he purposes of this Act are to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct, to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity and to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened.”

[37] The preamble to the Act and the speeches delivered by the Minister when it was introduced in the House of Commons are consistent with its stated purpose, which refers, among other things, to the value of the environment, the role of the wildlife in the environment, the precautionary principle, and the various reasons, including moral reasons, for which we are duty-bound to prevent human activities from leading to the extinction of species (AB, at pages 1551–1554). We must also take into account that the Act aims to implement the *United Nations Convention on Biological Diversity* [June 5, 1992, 1760 U.N.T.S. 79], which Canada has ratified, thereby committing it to developing strategies and programs for conservation and the sustainable use of biological diversity.

cette disposition permettait d’adopter un décret sans devoir procéder aux consultations et s’astreindre aux formalités qui s’imposent normalement pour rendre applicables dans une province les interdictions prévues aux articles 34 et 61 de la Loi, et ce pour prévenir la disparition « d’une façon brutale et soudaine » d’une espèce en péril (*Centre québécois du droit de l’environnement*, au paragraphe 104).

[35] À mon avis, cette caractérisation du sous-alinéa 80(4)c)(ii) est inattaquable et parfaitement conforme à l’objet et aux effets de cette disposition. Loin d’avoir pour objectif d’empiéter directement sur la compétence des provinces ou de viser à imposer des normes nationales uniformes, comme l’appelante l’a soutenu en première instance et réitéré devant nous, j’estime au contraire que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) a vraiment pour objet de permettre une intervention d’urgence lorsqu’une espèce sauvage inscrite est sur le point de subir un préjudice qui compromettra sa survie ou son rétablissement.

[36] Le texte même de la Loi confirme cet objectif. Sous la rubrique « Objet », l’article 6 énonce que la Loi « vise à prévenir la disparition — de la planète ou du Canada seulement — des espèces sauvages, à permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l’activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées et à favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu’elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées ».

[37] Le préambule de la Loi et les discours du ministre lors de son introduction à la Chambre des Communes sont conformes à l’objet déclaré, invoquant notamment la valeur de l’environnement, le rôle des espèces sauvages dans l’environnement, le principe de précaution, et les différents motifs, notamment moraux, pour lesquels un devoir s’impose d’éviter que les activités humaines mènent à la disparition des espèces (DA, aux pages 1551–1554). Il faut par ailleurs tenir compte du fait que la Loi vise à mettre en œuvre la *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique* [5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79], que le Canada a ratifiée, s’engageant du même coup à élaborer des stratégies et des programmes visant à assurer la conservation et l’utilisation durable de la diversité biologique.

[38] I also note that the prohibitory scheme set out in the Act contains several components. Sections 32 to 36 set out prohibitions on individuals of a species at risk, while sections 56 to 64 are intended to protect critical habitat of species at risk. It is interesting to note that these prohibitions do not apply in a province or territory (other than on federal lands, and except for aquatic species and migratory birds for the first series of prohibitions), unless an order to that effect has been adopted by the Governor in Council on the recommendation of the Minister (sections 34 and 61). The Minister may only make such a recommendation after consulting the appropriate provincial minister (paragraph 34(4)(a)) or if the provincial minister has requested that the recommendation be made (paragraph 61(3)(a)). The Minister must also make this recommendation if the Minister is of the opinion that the laws of the province do not effectively protect the species or the residences of individuals of a wildlife species, or the designated portion of the species' critical habitat (at subsection 34(3) and paragraph 61(4)(b)).

[39] As previously mentioned, section 80 also authorizes the Governor in Council to make an emergency order to provide for the protection of a listed wildlife species. The Governor in Council can make this decision only upon the recommendation of the competent minister, who must make such a recommendation if he or she is of the opinion that the species faces "imminent threats to its survival or recovery" (at subsection 80(2)). The appellant does not object to such an order being made insofar as it applies to an aquatic species, a migratory bird protected under the *Migratory Birds Convention Act*, 1994, S.C. 1994, c. 22, or a federal land (paragraphs (80)(4)(a), (b) and subparagraph (c)(i)). It only objects to subparagraph 80(4)(c)(ii), which makes it possible to adopt an emergency order covering listed wildlife species other than an aquatic species or a migratory bird species on provincial land.

[40] In my view, it is clear that this provision has a limited scope and is intended to address an emergency situation. It is clearly intended to prevent irreparable harm that would jeopardize the survival or recovery of a listed wildlife species. This is why such an order

[38] Je note par ailleurs que le régime d'interdictions prévu par la Loi comporte plusieurs volets. Les articles 32 à 36 prévoient notamment des interdictions concernant les individus eux-mêmes d'une espèce en péril, tandis que les articles 56 à 64 visent à protéger l'habitat essentiel d'une telle espèce. Il est intéressant de noter que ces interdictions ne s'appliquent pas dans une province ou un territoire (ailleurs que sur le domaine domanial, et sauf pour les espèces aquatiques et les oiseaux migrateurs pour la première série d'interdiction), à moins qu'un décret à cet effet ait été adopté par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre (articles 34 et 61). Or, le ministre ne peut faire une telle recommandation qu'après avoir consulté le ministre provincial compétent (alinéa 34(4)a) ou si le ministre provincial en a fait la demande (alinéa 61(3)a)). Le ministre devra également faire cette recommandation s'il estime que le droit de la province ne protège pas efficacement l'espèce ou la résidence des individus d'une espèce sauvage, ou la partie désignée de l'habitat essentiel de cette espèce (au paragraphe 34(3) et à l'alinéa 61(4)b)).

[39] Tel que mentionné précédemment, l'article 80 autorise par ailleurs le gouverneur en conseil à prendre un décret d'urgence pour protéger une espèce sauvage inscrite. Le gouverneur en conseil ne peut prendre cette décision que sur recommandation du ministre compétent, lequel doit faire une telle recommandation s'il estime que l'espèce est exposée à des menaces « imminentes pour sa survie ou son rétablissement » (au paragraphe 80(2)). L'appelante ne s'oppose pas à la prise d'un tel décret dans la mesure où il s'applique à une espèce aquatique, à un oiseau migrateur protégé par la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, ch. 22, ou au territoire domanial (alinéas (80)(4)a, b) et sous-alinéa c(i)). Elle ne prend ombrage que du sous-alinéa 80(4)c(ii), qui permet d'adopter un décret d'urgence visant le territoire d'une province pour toute espèce sauvage inscrite autre qu'une espèce aquatique et qu'une espèce d'oiseau migrateur.

[40] À mon avis, il est clair que cette disposition a une portée réduite, et vise à faire face à une situation d'urgence. Elle vise clairement à prévenir un préjudice irréparable qui compromettrait la survie ou le rétablissement d'une espèce sauvage inscrite. C'est la

can be made by the Governor in Council without having to conduct consultations and comply with the formalities normally required under sections 34 and 61 of the Act, as noted by the Federal Court (the Decision, at paragraph 105). It is undoubtedly for the same reason that subparagraph 80(4)(c)(ii) does not authorize the Governor in Council to impose measures to protect the species and its designated habitat, as it can on federal lands. Under this provision, the Governor in Council may only enact provisions prohibiting activities likely to harm the species and this habitat. In my opinion, these are two indications of the narrow purpose pursued by Parliament and its desire to go no further than necessary to ensure the immediate survival of a species. This purpose is perfectly consistent with the preamble of the Act and section 6 to which I referred above (at paragraph 36 of these reasons).

[41] The urgency to act to protect biodiversity, which underlies the Act as a whole and more particularly the orders authorized under section 80, not only reflects Canada's desire to comply with the international obligations that it has undertaken in ratifying the Convention, it also forms part of the backdrop of many scientific findings, each more alarming than the next. In a thorough expert report on the protection of species and their habitats filed by the respondent, Professor Blouin-Demers noted that [TRANSLATION] “[t]here is consensus within the scientific community that most biodiversity indicators show sharp declines worldwide and there is no sign that the rate of biodiversity loss is slowing” and that “we must work harder if we really want to slow biodiversity loss” (AB, at page 2115). He also said amphibians are the group with the largest percentage of invertebrate species considered endangered. Finally, he pointed out that among the factors causing biodiversity loss, “[h]abitat loss is considered the main cause of biodiversity loss for terrestrial species worldwide” (AB, at page 2117). It is clear that this scientific literature must be taken into account in order to identify the “evil referred to” by Parliament.

raison pour laquelle on n’astreint pas l’adoption d’un tel décret à toutes les consultations et les formalités exigées dans le cadre des articles 34 et 61 de la Loi, comme l’a noté la Cour fédérale (la Décision, au paragraphe 105). Et c’est sans doute pour la même raison que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) n’autorise pas le gouverneur en conseil à imposer des mesures de protection de l’espèce et de l’habitat désigné, comme il peut le faire sur le territoire domanial, mais uniquement à édicter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l’espèce et à cet habitat. À mon avis, ce sont là deux indices qui témoignent de l’objectif restreint poursuivi par le législateur et de sa volonté de ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la survie immédiate d’une espèce. Cet objectif est en parfaite conformité avec le préambule de la Loi et son article 6 auquel j’ai référé plus haut (au paragraphe 36 des présents motifs).

[41] L’urgence d’agir pour protéger la biodiversité, qui sous-tend la Loi dans son ensemble et plus particulièrement les décrets qu’autorise son article 80, témoigne non seulement du souci de se conformer aux obligations internationales qu’a contractées le Canada en ratifiant la Convention, mais s’inscrit également sur la toile de fond de nombreux constats scientifiques tous plus alarmants les uns que les autres. Dans un rapport d’expertise fouillé concernant la protection des espèces et de leurs habitats déposé par l’intimé, le professeur Blouin-Demers souligne qu’« [i]l y a consensus au sein de la communauté scientifique qu’au niveau mondial la plupart des indicateurs de biodiversité montrent des déclinés marqués et aucun signe que le taux de perte de biodiversité ralentit » et que « nous devons redoubler d’efforts si nous voulons vraiment ralentir la perte de biodiversité » (DA, à la page 2115). Il précise également que les amphibiens représentent le groupe au sein duquel on retrouve la plus grande proportion d’espèces considérées menacées parmi les vertébrés. Enfin, il souligne qu’au nombre des facteurs causant des pertes de biodiversité, « [l]a perte d’habitat est considérée comme la cause principale de perte de biodiversité pour les espèces terrestres globalement » (DA, à la page 2117). Il est clair que cette littérature scientifique doit être prise en considération pour cerner le « mal visé » par le législateur.

[42] An examination of how subparagraph 80(4)(c)(ii) is implemented and its practical effects did not reveal a colourable intent or a desire to do indirectly what would not be allowed to be done directly, i.e., to encroach on areas of provincial jurisdiction for purposes of uniformity across Canada. This provision only authorizes limited intervention insofar as habitat that is necessary for the survival or recovery of the species must be carefully defined, as well as activities that may adversely affect the species and that habitat. The Order at the centre of this case provides a prime example: the area covered consists of breeding ponds confirmed to be active and the area within a 300-metre radius of these ponds, from which unsuitable habitat features have been removed. The total area is only 1.85 km² (which already included a conservation park covering almost 50 percent of the area), defined based on general and historical information, scientific studies and public consultations (AB, at page 868). The Order contains a detailed list of prohibited activities, which all aim to prevent the loss or degradation of habitat that the frog needs in order to grow and reproduce. Indeed, the government's press release used these terms to announce the Emergency Order (AB, at page 2136).

[43] A careful reading of the Summary of the regulatory impact study (AB, at pages 2178 and following) confirms the purpose of the Order and the urgency to act. The Summary mentioned, *inter alia*, that the area of suitable habitat for the La Prairie metapopulation decreased by 57 percent between 1992 and 2013, and that the species would be unlikely to recover without an immediate response (AB, at page 2178). After the costs and benefits of the planned response had been reviewed, it was found that the Order [TRANSLATION] “ensures the protection of the Western Chorus Frog (GLSLCS), La Prairie metapopulation, by protecting 90% of the species' suitable habitat from destruction”. The Summary specified that this objective was achieved by prohibiting activities most harmful to the frog, which [TRANSLATION] “will help maintain the benefits that the species provides to the

[42] L'examen de la façon dont le sous-alinéa 80(4)c)(ii) est mis en œuvre et de ses effets pratiques ne permet pas de déceler une intention déguisée ou une volonté de faire indirectement ce qu'il ne serait pas permis de faire directement, soit d'envahir des champs de compétence provinciale par souci d'uniformité sur l'ensemble du territoire canadien. D'une part, cette disposition n'autorise qu'une intervention limitée dans la mesure où l'habitat nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce doit être soigneusement délimité, de même que les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à son habitat. Le Décret qui est au cœur du présent litige en fournit d'ailleurs une excellente illustration : son aire d'application est constituée d'étangs de reproduction confirmés comme étant actifs et des rayons de 300 mètres de ces étangs, desquels ont été retirés les éléments non convenables pour l'habitat. Sa superficie totale n'est que de 1,85 km² (à l'intérieur de laquelle se trouvait déjà un parc de conservation couvrant près de 50 p. 100 de la zone), délimitée à partir de renseignements généraux et historiques, d'études scientifiques et de consultations publiques (DA, à la page 868). Quant aux activités interdites, elles sont énumérées avec précision et visent toutes à prévenir la perte ou la dégradation de l'habitat dont la rainette a besoin pour croître et se reproduire. C'est d'ailleurs en ces termes que le communiqué de presse du gouvernement annonçant le Décret d'urgence est libellé (DA, à la page 2136).

[43] Une lecture attentive du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (DA, aux pages 2178 et ss) confirme d'ailleurs l'objectif visé par le Décret et l'urgence d'agir. On y mentionne notamment que la superficie d'habitat convenable dans la métapopulation de La Prairie a diminué de 57 p. 100 entre 1992 et 2013, et que le rétablissement de l'espèce serait peu probable sans intervention immédiate (DA, à la page 2178). Après avoir procédé notamment à une analyse des coûts et avantages de l'intervention projetée, on conclut que le Décret « assure la protection de la rainette faux-grillon de l'ouest (GLSLBC), métapopulation de La Prairie, en protégeant de la destruction 90% de l'habitat convenable de l'espèce ». On précise que cet objectif est atteint en interdisant les activités les plus néfastes pour la rainette, ce qui « contribuera à maintenir les avantages que

Canadian population and its potential future uses” (AB, at page 2213). This impact analysis confirmed, assuming that was necessary, that the objective was to deal with an emergency situation and ensure the survival of the species by protecting its critical habitat.

[44] It is also important to mention another element that the parties did little to draw our attention to in this case. Under section 82 of the Act, the Minister of the Environment must make a recommendation to the Governor in Council that an emergency order be repealed if the Minister is of the opinion that the species to which the Order relates would no longer face imminent threats to its survival or recovery even if the Order were repealed. This provision clearly demonstrates once again that the objective is to deal with a precarious situation which requires an immediate response, and not to encroach on provincial powers and to seize powers for itself on a permanent basis.

[45] Finally, it has been shown that section 80 of the Act has been used sparingly since it came into force in June 2003. As the Federal Court noted at paragraph 124 of its reasons, only one other order has been issued to deal with imminent threats to the survival and recovery of a listed wildlife species, the Greater Sage-Grouse. The prohibitions provided for in that Order covered provincial and federal crown lands used by the petroleum industry and for animal husbandry. The respondent therefore did not abuse the power granted to him under subparagraph 80(4)(c)(ii), which again tends to confirm that this provision is not intended to be used for a colourable or hidden purpose.

[46] In short, for all of the foregoing reasons, I am of the view that the Federal Court did not err in concluding that the impugned provision does not constitute a subterfuge to allow the federal government to circumvent the authorizations granted to the appellant by the province and the municipality and impose its own rules of conduct. Rather, it is designed to allow the Governor in Council to respond immediately when a species at risk is about to suffer harm that will jeopardize its survival or

l’espèce procure à la population canadienne et ses utilisations potentielles dans le futur » (DA, à la page 2213). Cette analyse d’impact confirme, si besoin était, que l’objectif visé consiste bel et bien à faire face à une situation d’urgence et à assurer la survie de l’espèce en protégeant son habitat essentiel.

[44] Il importe également de mentionner un autre élément sur lequel les parties ont peu attiré notre attention dans le cadre du présent dossier. Aux termes de l’article 82 de la Loi, le ministre de l’environnement est tenu de recommander au gouverneur en conseil l’abrogation d’un décret d’urgence s’il estime que l’espèce sauvage visée par le Décret ne serait plus exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement même en l’absence du Décret. Cette disposition démontre bien encore une fois que l’objectif est de faire face à une situation précaire qui nécessite une intervention immédiate, et non d’envahir les compétences provinciales et de s’arroger des pouvoirs sur une base permanente.

[45] Enfin, il a été mis en preuve que l’article 80 de la Loi n’a été utilisé que de façon parcimonieuse depuis son entrée en vigueur en juin 2003. En fait, comme l’a noté la Cour fédérale au paragraphe 124 de ses motifs, un seul autre décret a été pris pour contrer les menaces imminentes à la survie et au rétablissement d’une espèce sauvage inscrite, à savoir le tétra des armoises. Les interdictions prévues par ce Décret touchent au territoire de la couronne provinciale et de la couronne fédérale utilisé pour des fins pétrolières et pour l’élevage. L’intimé n’a donc pas abusé du pouvoir que lui accorde le sous-alinéa 80(4)c)(ii), ce qui tend encore une fois à confirmer que cette disposition ne vise pas une fin déguisée ou inavouée.

[46] Bref, j’estime pour tous les motifs qui précèdent que la Cour fédérale n’a pas erré en concluant que la disposition contestée ne constitue pas un subterfuge pour permettre au gouvernement fédéral de contourner les autorisations accordées à l’appelante par la province et la municipalité et imposer ses propres règles de conduite, mais vise plutôt à permettre au gouverneur en conseil d’intervenir de façon urgente lorsqu’une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettra

recovery. Given the presumption that legislation is constitutional, the courts are reluctant to declare that a law is colourable, which is why the party alleging a misuse of powers bears a heavy burden of proof. (*Long-Gun Registry*, at paragraph 31; *Syncrude*, at paragraph 53). That was not demonstrated in this case. The mere fact that an otherwise valid law could have incidental effects on legislative powers or measures adopted by another level of government is not in itself sufficient to conclude that this law was adopted for improper purposes. (*Reference re Firearms*, at paragraph 49; *Long-Gun Registry*, at paragraph 32; *Hydro-Québec*, at paragraph 129).

[47] Having found that the pith and substance of subparagraph 80(4)(c)(ii) is to protect a listed wildlife species when its habitat is under an imminent threat that may adversely affect its survival or recovery, it remains to be determined whether Parliament has constitutional jurisdiction to intervene in this matter. As mentioned above, the Federal Court accepted the Attorney General's arguments in this regard and held that the impugned provision has all the attributes of a measure validly adopted by Parliament by virtue of the power conferred on it pursuant to subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The appellant challenges this conclusion and argues that subparagraph 80(4)(c)(ii) does not have the normal ingredients of a criminal law where the prohibitions are not formulated in general terms and are intended to criminalize behaviour otherwise authorized under Quebec legislation.

[48] First, it should be noted that protection of the environment (which undoubtedly involves the protection and conservation of wildlife species and their habitat) is not a matter or subject of legislation with clearly defined wording likely to be wholly attributed to either of the two levels of government. The doctrine of the Supreme Court is clear in this regard: the environment is not a head of jurisdiction *per se*. It should be addressed based on the various legislative powers vested in Parliament and the provincial legislatures under the *Constitution Act, 1867* (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R.

sa survie ou son rétablissement. Compte tenu de la présomption de constitutionnalité des lois, les tribunaux sont réticents à déclarer qu'une loi est déguisée et c'est pourquoi la partie qui allègue un détournement de pouvoir assume un lourd fardeau de preuve. (*Registre des armes d'épaule*, au paragraphe 31; *Syncrude*, au paragraphe 53). Cette démonstration n'a pas été faite ici. Le seul fait qu'une loi par ailleurs valide puisse avoir des effets accessoires sur les compétences législatives ou les mesures adoptées par un autre niveau de gouvernement ne saurait suffire, en soi, pour conclure que cette loi a été adoptée pour des fins détournées. (*Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 49; *Registre des armes d'épaule*, au paragraphe 32; *Hydro-Québec*, au paragraphe 129).

[47] Ayant conclu que le caractère véritable du sous-alinéa 80(4)c)(ii) est de protéger une espèce sauvage inscrite lorsque son habitat fait l'objet d'une menace imminente susceptible de porter atteinte à sa survie ou à son rétablissement, il reste à déterminer si le Parlement a la compétence constitutionnelle d'intervenir en cette matière. Tel que mentionné plus haut, la Cour fédérale a accepté les prétentions du Procureur général à cet égard et conclu que la disposition contestée possède tous les attributs d'une mesure validement adoptée par le Parlement en vertu de la compétence qui lui est dévolue par le paragraphe 91(27) de la L.C. de 1867. L'appelante conteste cette conclusion et soutient plutôt que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) ne possède pas les attributs normaux d'une loi criminelle dans la mesure où les interdictions ne sont pas formulées en termes généraux et visent à criminaliser des comportements par ailleurs autorisés par la loi québécoise.

[48] Il convient tout d'abord de rappeler que la protection de l'environnement (à laquelle se rattachent indéniablement la protection et la conservation des espèces sauvages et de leur habitat) ne constitue pas une matière ou un sujet de législation aux contours bien définis susceptibles d'être attribués en bloc à l'un ou l'autre des deux niveaux de gouvernement. La jurisprudence de la Cour suprême est claire à cet égard : l'environnement n'est pas un sujet de compétence en soi, et doit plutôt être traité à partir des différents pouvoirs législatifs attribués au Parlement et aux législatures provinciales par la L.C. de 1867 (*Friends of the Oldman River Society c. Canada*

(4th) 1, [1992] S.C.J. No. 1 (QL), at paragraphs 63–67; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, at pages 445–446, (1988), 49 D.L.R. (4th) 161, [1988] S.C.J. No. 23 (QL); *Hydro-Québec*, at paragraph 112). The preamble to the Act also recognizes this reality insofar as one of its preambular recitals states that “responsibility for the conservation of wildlife in Canada is shared among the governments in this country and that it is important for them to work cooperatively to pursue the establishment of complementary legislation and programs for the protection and recovery of species at risk in Canada.”

[49] The Attorney General invokes primarily the federal criminal law power to defend the constitutionality of the Act as a whole and the impugned provision in particular. As the Federal Court correctly noted, a law will fall under subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867* if it contains the following three components: (1) a prohibition, (2) accompanied by a penalty, and (3) a criminal law purpose: see *inter alia Hydro-Québec*, at paragraphs 34–36 and 119; *Reference re Assisted Reproduction*, at paragraphs 35–36 and 223; *RJR-MacDonald Inc.*, at paragraph 28.

[50] The criminal law power is obviously not frozen in time and cannot be limited to specific categories; in other words, there is no “area” of criminal law, as the Supreme Court has repeatedly said. Parliament’s only limit on this power is its use to colourably invade areas of exclusively provincial legislative competence: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at page 237, (1986), 32 D.L.R. (4th) 161; *Hydro-Québec*, at paragraph 121. Chief Justice McLachlin provided a good summary of the case law on this issue in the following passage of *Reference re Assisted Reproduction* [at paragraph 43]:

.... On the one hand, the jurisprudence properly recognizes that confining the criminal law power to precise categories is impossible. The criminal law must be able to respond to new and emerging matters of public concern that go to the health and security of Canadians and

(*Ministre des Transports*), [1992] 1 R.C.S. 3, [1992] A.C.S. n° 1 (QL), aux paragraphes 63–67; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, aux pages 445–446, [1988] A.C.S. n° 23 (QL); *Hydro-Québec*, au paragraphe 112). Le préambule de la Loi reconnaît d’ailleurs cette réalité dans la mesure où l’un de ses attendus énonce « que la conservation des espèces sauvages au Canada est une responsabilité partagée par les gouvernements du pays et que la collaboration entre eux est importante en vue d’établir des lois et des programmes complémentaires pouvant assurer la protection et le rétablissement des espèces en péril au Canada ».

[49] Le Procureur général invoque fondamentalement la compétence fédérale en matière de droit criminel pour défendre la constitutionnalité de la Loi dans son ensemble et de la disposition contestée en particulier. Comme l’a noté avec justesse la Cour fédérale, une loi relèvera du paragraphe 91(27) de la L.C. de 1867 si elle réunit les trois éléments suivants : 1) une interdiction, 2) une sanction qui l’appui, et 3) un objet de droit criminel : voir notamment *Hydro-Québec*, aux paragraphes 34–36 et 119; *Renvoi relatif à la procréation assistée*, aux paragraphes 35–36 et 223; *RJR-MacDonald Inc.*, au paragraphe 28.

[50] Le pouvoir de légiférer en droit criminel n’est évidemment pas figé dans le temps, et ne saurait se limiter à des catégories précises; en d’autres termes, il n’y a pas un « domaine » de droit criminel, comme s’est plu à le répéter la Cour suprême à plusieurs reprises. La seule limite du Parlement dans l’utilisation de ce pouvoir, c’est de s’en servir de façon déguisée et d’empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la page 237; *Hydro-Québec*, au paragraphe 121. La juge en chef McLachlin a bien résumé l’état de la jurisprudence sur cette question dans le passage suivant du *Renvoi relatif à la procréation assistée* [au paragraphe 43] :

[...] La jurisprudence reconnaît à juste titre qu’il est impossible de confiner le pouvoir de légiférer en droit criminel dans des catégories précises. Le droit criminel doit pouvoir s’adapter aux phénomènes nouveaux qui intéressent le public et qui touchent la santé et la sécurité des

the fundamental values that underpin Canadian society. A crabbed, categorical approach to valid criminal law purposes is thus inappropriate. On the other hand, a limitless definition, combined with the doctrine of paramountcy, has the potential to upset the constitutional balance of federal-provincial powers. Both extremes must be rejected. To constitute a valid criminal law purpose, a law's purpose must address a public concern relating to peace, order, security, morality, health, or some similar purpose. At the same time, extensions that have the potential to undermine the constitutional division of powers should be rejected.

[51] I would add that the courts must be careful not to pass a value judgment on the purpose or means used by Parliament under the guise of a constitutional analysis: *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paragraph 211; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, (1996), 142 D.L.R. (4th) 50, at paragraphs 34–36. The choice of means and ends is a matter for Parliament, as long as the measures adopted can rationally relate to a legitimate purpose of the criminal law. In this regard, Parliament must be given wide latitude, as recognized by LeBel and Deschamps JJ. (on behalf of two other colleagues) in *Reference re Assisted Reproduction* [at paragraphs 234–235]:

The formal component — establishing a prohibition and accompanying it with a penalty — supports a finding that a regulatory scheme, even one that takes the form of exemptions from a prohibitory scheme, falls within the field of criminal law. However, the substantive component, the justifiable criminal law purpose — the prohibition of a real or apprehended evil, and the concomitant protection of legitimate societal interests — must also be present. The substantive criterion assumes particular importance because of the liberal interpretation given to the formal component.

These components permit the federal government to deal with and make laws with regard to new realities, such as pollution, and genetic manipulations that are considered undesirable. Thus, Parliament retains flexibility in making decisions to prohibit conduct it considers reprehensible and to prevent the undesirable effects of such conduct.

Canadiens et Canadiennes, de même qu'aux valeurs fondamentales de la société canadienne. Il ne convient donc pas d'adopter une approche rigide et catégorique pour déterminer ce qu'est un véritable objet de droit criminel. Par contre, une définition sans balises, jumelée à la règle de la prépondérance, est susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel entre pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il faut balayer les deux extrêmes. Pour qu'une loi constitue une règle de droit criminel valide, son objet doit répondre à une préoccupation publique touchant à la paix, à l'ordre, à la sécurité, à la morale, à la santé ou à quelque considération semblable. Dans le même temps, il faut mettre au rancart tout accroissement susceptible de compromettre le partage constitutionnel des pouvoirs.

[51] J'en profite pour ajouter que les tribunaux doivent se garder de porter un jugement de valeur sur l'objectif ou les moyens utilisés par le Parlement sous le couvert d'une analyse constitutionnelle : *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, au paragraphe 211; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, aux paragraphes 34–36. Le choix des moyens et des fins relève du législateur, tant et aussi longtemps que les mesures adoptées peuvent rationnellement se rattacher à un objet légitime du droit criminel. À cet égard, le Parlement doit jouir d'une grande marge de manœuvre, comme le reconnaissent les juges LeBel et Deschamps (au nom de deux autres de leurs collègues) dans le *Renvoi relatif à la procréation assistée* [aux paragraphes 234 et 235] :

Le volet formel — énoncer une interdiction et l'accompagner d'une sanction — permet à un régime de réglementation, même introduit sous la forme d'exceptions à un régime d'interdiction, de se situer dans le champ du droit criminel. Cependant, il faut aussi retrouver le volet matériel, l'objet justifiant le recours au droit criminel : la répression d'un mal réel ou appréhendé et la protection concomitante d'intérêts sociaux légitimes. L'interprétation large donnée au volet formel accroît l'importance du critère matériel.

Ces éléments permettent au gouvernement fédéral de faire face à des réalités nouvelles et de légiférer, par exemple en matière de pollution et de manipulations génétiques jugées néfastes. Le Parlement dispose d'ailleurs d'une marge de manœuvre dans la décision de réprimer une conduite qu'il juge répréhensible et de prévenir ses effets indésirables.

[52] There is no longer any doubt that the threatened interest of environmental protection is one of the evils that Parliament can suppress through its criminal law power. This is a legitimate purpose, as the judges of the Supreme Court unanimously recognized in *Hydro-Québec* [at paragraph 123]:

... But I entertain no doubt that the protection of a clean environment is a public purpose within Rand J.'s formulation in the *Margarine Reference*, cited *supra*, sufficient to support a criminal prohibition. It is surely an "interest threatened" which Parliament can legitimately "safeguard", or to put it another way, pollution is an "evil" that Parliament can legitimately seek to suppress. Indeed, as I indicated at the outset of these reasons, it is a public purpose of superordinate importance; it constitutes one of the major challenges of our time. It would be surprising indeed if Parliament could not exercise its plenary power over criminal law to protect this interest and to suppress the evils associated with it by appropriate penal prohibitions.

See, similarly, the comments of the dissenting judges at paragraph 43.

[53] However, the evidence is clear that the protection of biodiversity is closely linked to environmental pollution control. One cannot go without the other, as the Federal Court aptly noted in its reasons [Decision, at paragraph 110]:

... I have difficulty in understanding how the release of toxic substances into the environment, caused by human activity, can properly constitute a source of legitimate criminal concern, but not an imminent threat, caused by human activity, to the survival or recovery of a species at risk, which, like all other species, is essential to maintaining life-sustaining systems of the biosphere, the depletion of which, by human activity, no longer needs to be demonstrated, nor does the impact of this depletion on the quality of the environment.

[54] Once it is recognized, as the appellant seems to, that the apprehended disappearance of a listed wild-life species may constitute an "evil" to be suppressed, I find it hard to see how this case can be distinguished

[52] Il ne fait maintenant plus aucun doute que la protection de l'environnement fait partie des maux que le Parlement peut réprimer par le biais de sa compétence sur le droit criminel. Il s'agit là d'un objectif légitime, comme l'ont reconnu à l'unanimité les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Hydro-Québec* [au paragraphe 123] :

[...] Mais je ne doute nullement que la protection d'un environnement propre est un objectif public, au sens de ce qu'a exprimé le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, qui est suffisant pour justifier une interdiction criminelle. C'est sûrement un [TRADUCTION] « intérêt menacé » que le Parlement peut légitimement « sauvegarder » ou, en d'autres mots, la pollution est un « mal » que le Parlement peut légitimement chercher à supprimer. En fait, comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, c'est un objectif public d'une importance supérieure; il constitue l'un des principaux défis de notre époque. Il serait, en effet, surprenant que le Parlement ne puisse pas exercer son plein pouvoir en matière de droit criminel pour protéger cet intérêt et supprimer les maux qui lui sont associés au moyen d'interdictions pénales appropriées.

Voir aussi, au même effet, les propos des juges dissidents au paragraphe 43.

[53] Or, la preuve est claire que la protection de la biodiversité est intimement liée à la lutte contre la pollution de l'environnement. L'un ne saurait aller sans l'autre, comme l'a noté avec à propos la Cour fédérale dans ses motifs [la Décision, au paragraphe 110] :

[...] J'ai de la difficulté à voir comment le rejet, du fait de l'activité humaine, de substances toxiques dans l'environnement peut à bon droit constituer une source de préoccupation légitime de droit criminel, mais non l'imminence, du fait de l'activité humaine, d'une situation qui menace la survie même ou le rétablissement d'une espèce en péril, laquelle, comme toutes les autres, est essentielle à la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère dont l'appauvrissement, du fait de l'activité humaine, n'est maintenant plus à démontrer tout comme n'est plus à démontrer l'impact de cet appauvrissement sur la qualité de l'environnement.

[54] À partir du moment où l'on reconnaît, comme semble le faire l'appelante, que la disparition appréhendée d'une espèce sauvage inscrite peut constituer un « mal » à réprimer, je vois mal comment la présente

from *Hydro-Québec*. Subparagraph 80(4)(c)(ii), like section 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, is closely linked to the prohibitory scheme introduced under the Act. In both cases, the Governor in Council (or the Minister, first, under section 35) is allowed to override the normal requirements and adopt an emergency order to deal with an emergency situation. I would even add, as did La Forest J. in *Hydro-Québec* (at paragraph 155), that section 35 reveals even more clearly a criminal purpose, and throws further light on the intention of sections 34 and 61 of the Act generally, insofar as it seeks to prevent the “brutal and sudden” disappearance of a species.

[55] In the light of the foregoing, I am, therefore, of the view that the Federal Court did not err in concluding that subparagraph 80(4)(c)(ii) seeks to suppress an “evil” as interpreted in the jurisprudence of the Supreme Court, and that there is no distinction to be made between the “evil” referred to in *Hydro-Québec* and the “evil” demonstrated in this case. The duty to prevent the extinction of wildlife species is a moral obligation as is the protection of the environment. The criminal law power must allow Parliament to intervene in these matters, particularly when the perceived harm is imminent.

[56] The appellant challenges this conclusion on the ground that the Order (as well as sections 34 and 61 and subparagraph 80(4)(c)(ii)) encroaches on provincial law and criminalizes actions permitted under Quebec’s *Environment Quality Act*. By nullifying the authorization that the appellant had received for its housing project and by imposing its own rules of conduct, the Canadian government would thereby upset the balance of Canadian federalism. The appellant argues that performing work in accordance with a provincial authorization cannot constitute an offence.

[57] In my opinion, this argument cannot be accepted. As I mentioned above, there is no indication that the

affaire peut se distinguer de l’affaire *Hydro-Québec*. Le sous-alinéa 80(4)(c)(ii), comme l’article 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16 (est intimement relié au régime d’interdictions mis en place par la Loi). Dans les deux cas, on permet au Gouverneur en conseil (ou au ministre, dans un premier temps, en vertu de l’article 35) de passer outre aux exigences normales et d’adopter un décret d’urgence pour faire face à une situation d’urgence. J’ajouterais même, à l’instar du juge La Forest dans l’arrêt *Hydro-Québec* (au paragraphe 155), que l’article 35 indique encore plus clairement l’existence d’un objectif de droit criminel et renseigne davantage sur le but des articles 34 et 61 et de la Loi en général, dans la mesure où il vise à prévenir la disparition d’une espèce « d’une façon brutale et soudaine ».

[55] Au vu de ce qui précède, je suis donc d’avis que la Cour fédérale n’a commis aucune erreur en concluant que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) cherche à réprimer un « mal » au sens où l’entend la jurisprudence de la Cour suprême, et qu’il n’y a pas de distinction à faire entre le « mal » visé dans l’affaire *Hydro-Québec* et celui démontré dans le présent dossier. Le devoir d’empêcher la disparition des espèces sauvages est une obligation morale au même titre que la protection de l’environnement. La compétence relative au droit criminel doit permettre au Parlement d’intervenir en ces matières, tout particulièrement lorsque le préjudice appréhendé est imminent.

[56] L’appelante conteste cette conclusion, au motif que le Décret (de même que les articles 34 et 61 et le sous-alinéa 80(4)(c)(ii)) empiète sur le droit provincial et vient criminaliser ce qui était permis en vertu de la *Loi sur la qualité de l’environnement* du Québec. En réduisant à néant l’autorisation qu’avait reçue l’appelante de procéder à son projet domiciliaire et en imposant ses propres règles de conduite, le gouvernement canadien viendrait ainsi rompre l’équilibre du fédéralisme canadien. Le fait d’exécuter des travaux en conformité avec une autorisation provinciale, de soutenir l’appelante, ne peut constituer un mal à réprimer.

[57] À mon avis, cet argument ne peut être retenu. Tel que je l’ai mentionné précédemment, rien ne permet

purpose or effect of the Act or subparagraph 80(4)(c)(ii) consisted in regulating all aspects of the protection of species at risk throughout Canada for purposes of efficiency and consistency. Once the Act as a whole or any of its provisions comes under federal jurisdiction, it cannot be declared invalid solely because its scope limits or overlaps with the scope of a provincial measure. The double aspect theory runs counter to this reasoning. This is why the doctrine of federal paramountcy has evolved to resolve real conflicts between federal and provincial laws: Hogg, sections 15.9(d) and 16.1.

[58] The appellant made this argument at trial, citing as it did before us certain passages in *Reference re Assisted Reproduction*. I fully endorse the reasoning of the Federal Court in this regard, at paragraphs 119 to 140 of its reasons, in particular with respect to the conclusions it referred to in *Hydro-Québec*. In that case, Hydro-Québec and the Attorney General had also argued that the impugned provisions of the *Canadian Environmental Protection Act* (CEPA) were so invasive of provincial powers that they could not be justified as valid measures of criminal law. Need we point out that section 35 of this Act went much further than subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act, in that it allowed toxic substances to be added (and regulated them at the same time) to the List of Toxic Substances in Schedule 1 providing the ministers believed that immediate action was required? Unlike section 35 of CEPA, subparagraph 80(4)(c)(ii) does not allow wildlife species to be added to the List of Wildlife Species at Risk. It only allows an emergency order to identify a specific habitat where activities likely to adversely affect the species and that habitat are to be prohibited. Sections 27 and 29 [of the Act] grant the Governor in Council this power, and the validity of these provisions is not at issue here.

[59] The Supreme Court nevertheless dismissed the fear expressed by Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec, saying it was overstated under the circumstances. The majority emphasized that the federal

d'établir que le but ou l'effet de la Loi ou du sous-alinéa 80(4)c)(ii) consistait à encadrer dans tous ses aspects et sur tout le territoire canadien la protection des espèces en péril, par souci d'efficacité et d'uniformité. À partir du moment où la Loi dans son ensemble ou l'une quelconque de ses dispositions relève d'une compétence fédérale, elle ne saurait être déclarée invalide du seul fait que son champ d'application chevauche une mesure provinciale ou même en limite la portée. La théorie du double aspect fait obstacle à un tel raisonnement, et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la doctrine de la prépondérance fédérale a évolué de façon à résoudre les véritables conflits entre des lois fédérale et provinciale : Hogg, sections 15.9(d) et 16.1.

[58] L'appelante a fait valoir ce même argument en première instance, en s'appuyant comme elle l'a fait devant nous sur certains passages du *Renvoi relatif à la procréation assistée*. J'endosse entièrement le raisonnement de la Cour fédérale à ce chapitre, aux paragraphes 119 à 140 de ses motifs, notamment quant aux enseignements qu'il tire de l'arrêt *Hydro-Québec*. Dans cette affaire, Hydro-Québec et le procureur général avaient également soutenu que les dispositions contestées de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* empiétaient tellement sur les pouvoirs des provinces qu'il était impossible de les justifier en tant que mesures valides de droit criminel. Faut-il préciser que l'article 35 de cette loi allait beaucoup plus loin que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi, dans la mesure où il permettait d'ajouter des matières toxiques (et de les assujettir du même coup à une réglementation) à la liste des substances inscrites dans la mesure où les ministres croyaient qu'une intervention immédiate était requise. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii), au contraire, ne permet pas d'ajouter des espèces sauvages à la liste des espèces inscrites, mais uniquement de désigner un habitat précis où des activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat seront interdites. Ce sont les articles 27 et 29 [de la Loi] qui accordent ce pouvoir au gouverneur en conseil, et la validité de ces dispositions n'est pas en cause ici.

[59] La Cour suprême n'en a pas moins rejeté la crainte exprimée par Hydro-Québec et le procureur général du Québec, se disant d'avis qu'elle était exagérée dans les circonstances. La majorité a plutôt mis l'accent

criminal law power does not prevent the provinces from exercising the broad powers conferred on them by section 92 of the *Constitution Act, 1867* to regulate and limit pollution on their land, independently or in complementarity with federal measures. The same applies here. The scope of an emergency order is necessarily limited in space, and the evidence reveals, as I indicated earlier (at paragraph 60), that emergency orders have been used sparingly. Furthermore, the Act recognizes the importance of federal-provincial cooperation in the protection of listed wildlife species. Sections 34 and 61 even provide that provincial authorities must be consulted before an order can be made to protect a species or its habitat on lands that are not federal lands. Clearly, it is only because immediate action is needed that such a requirement is not imposed under subparagraph 80(4)(c)(ii). It is interesting to note that, although the appellant sent the notice of constitutional question to all the attorneys general, none of them appeared before the Federal Court or before this Court.

[60] The appellant argues that the *Reference re Assisted Reproduction* is an authority that supports its position. In my view, this argument is without foundation. On the one hand, as the Federal Court noted, three sets of reasons were presented in this decision. It is therefore presumptuous, to say the least, to clearly identify its *ratio decidendi*. Furthermore, the issue had nothing to do with environmental protection, so its usefulness is limited to defining the scope of the criminal law power in this matter. Consequently, *Hydro-Québec* still seems authoritative to me and must continue to guide us in a case like the one before us.

[61] I would add that the disagreement between the two groups of four judges in this case had more to do with the characterization of the impugned provisions of the *Assisted Human Reproduction Act* [S.C. 2004, c. 2] than the scope of federal criminal law power. While the first group was of the view that the Act was essentially a series of prohibitions, followed by a set of subsidiary provisions for their administration, the second group considered that the main purpose of the impugned

sur le fait que la compétence fédérale sur le droit criminel n'empêche pas les provinces d'exercer les vastes pouvoirs que l'article 92 de la L.C. de 1867 leur confère pour réglementer et limiter la pollution sur leur territoire, de façon indépendante ou en complémentarité avec les mesures fédérales. On peut en dire tout autant ici. La portée d'un décret d'urgence est nécessairement limitée dans l'espace, et la preuve révèle, comme je l'ai indiqué précédemment (au paragraphe 60), qu'ils ont été utilisés avec parcimonie. Qui plus est, la Loi reconnaît l'importance de la coopération fédérale-provinciale dans la protection des espèces sauvages inscrites, et les articles 34 et 61 prévoient même l'obligation de consulter les autorités provinciales avant qu'un décret puisse être adopté pour protéger une espèce ou son habitat ailleurs que sur le territoire domanial. De toute évidence, ce n'est que pour un motif d'urgence qu'une telle exigence n'est pas imposée dans le cadre du sous-alinéa 80(4)(c)(ii). Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de constater que, malgré l'Avis de question constitutionnelle envoyé par l'appelante à tous les procureurs généraux, aucun d'entre eux ne s'est manifesté devant la Cour fédérale ou en cette Cour.

[60] Quant à l'appui pour sa position que voudrait tirer l'appelant du *Renvoi relatif à la procréation assistée*, il me paraît sans fondement. D'une part, comme l'a remarqué la Cour fédérale, cette décision a fait l'objet de trois séries de motifs, si bien qu'il est pour le moins présomptueux d'en identifier avec certitude le *ratio decidendi*. Qui plus est, le sujet dont il était question n'avait rien à voir avec la protection de l'environnement, de telle sorte que son utilité est limitée pour circonscrire la portée de la compétence sur le droit criminel en cette matière. En conséquence, l'arrêt *Hydro-Québec* me paraît toujours faire autorité et doit continuer de nous guider dans une affaire comme la présente.

[61] J'ajouterais que le désaccord entre les deux groupes de quatre juges dans cette affaire portait davantage sur la qualification des dispositions contestées de la *Loi sur la procréation assistée* [L.C. 2004, ch. 2] plutôt que sur la portée de la compétence fédérale en droit criminel. Tandis que le premier groupe était d'avis que la Loi était essentiellement constituée d'une série d'interdictions dont un ensemble de dispositions accessoires assure la mise en œuvre, le deuxième groupe estimait que

provisions was to regulate activities related to assisted human reproduction which were not declared inherently harmful or dangerous. It goes without saying that this characterization exercise, as well as the controversy which it gave rise to within the Court, is not very relevant for our purposes, insofar as the identification of the pith and substance of a law or provision depends on the purpose and effect of the language under consideration. Subparagraph 80(4)(c)(ii) is in no way related to the sections challenged in *Reference re Assisted Reproduction*, because neither its purpose nor effect is to regulate an otherwise harmless activity or, in the words of LeBel and Deschamps JJ., “to set up a national scheme to regulate the activities in question” (*Reference re Assisted Reproduction*, at paragraph 217).

[62] Indeed, LeBel and Deschamps JJ. seemed to want to raise the threshold for the severity of the evil in question so that Parliament could be empowered to legislate under the authority of subsection 91(27). In their view, if we want to avoid giving “the federal criminal law power an unlimited and uncontrollable scope”, there must be “a real evil and a reasonable apprehension of harm” (*Reference re Assisted Reproduction*, at paragraph 240). It is not for me to comment on the correctness of this requirement. At first glance, it may seem difficult to reconcile this requirement with traditional jurisprudence according to which Parliament must enjoy wide latitude in identifying the evils to be suppressed and the means to achieve this as long as the real purpose is not to regulate: *Reference re Assisted Reproduction*, at paragraph 76. Even assuming that the approach propounded by LeBel and Deschamps JJ. should be adopted, as the appellant argued, there is no doubt that the purpose pursued by Parliament in subparagraph 80(4)(c)(ii) meets the requirement of a real evil and a reasonable apprehension of harm. Both judges cited pollution prevention as a valid exercise of criminal law power as an example (*Reference re Assisted Reproduction*, at paragraph 237). The abundant scientific evidence, as well as Canada’s international obligations, make it clear that the same must apply to the protection of biodiversity and endangered species.

les dispositions contestées avaient principalement pour objet de régler des activités reliées à la procréation assistée qui, en soi, n’étaient pas déclarées nocives ou dangereuses. Il va sans dire que cet exercice de qualification, de même que le désaccord auquel il a donné lieu au sein de la Cour, n’est pas d’une très grande pertinence pour nos fins, dans la mesure où l’identification du caractère véritable d’une loi ou d’une disposition est tributaire de l’objet et de l’effet du texte considéré. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) ne s’apparente d’aucune façon aux articles contestés dans le *Renvoi relatif à la procréation assistée*, puisque ni son objet ni son effet ne consiste à régler une activité par ailleurs inoffensive ou, pour reprendre les termes des juges LeBel et Deschamps, « d’instaurer un régime national d’encadrement des activités visées » (*Renvoi relatif à la procréation assistée*, au paragraphe 217).

[62] Il est vrai que les juges LeBel et Deschamps ont semblé vouloir rehausser le seuil de gravité du mal visé pour que le Parlement soit autorisé à légiférer sous l’autorité du paragraphe 91(27). À leur avis, il est nécessaire que « le mal soit réel » et que « l’appréhension du préjudice soit raisonnable » si l’on veut éviter de conférer une portée « illimitée et incontrôlable » à la compétence fédérale en droit criminel (*Renvoi relatif à la procréation assistée*, au paragraphe 240). Il ne me revient pas de me prononcer sur la justesse de cette exigence, qui peut à première vue sembler difficilement conciliable avec la jurisprudence traditionnelle selon laquelle le Parlement doit jouir d’une grande latitude dans l’identification des maux à réprimer et des moyens pour y parvenir tant et aussi longtemps que l’objectif véritable n’est pas de régler : *Renvoi relatif à la procréation assistée*, au paragraphe 76. Même en supposant que la démarche proposée par les juges LeBel et Deschamps doive être retenue, comme l’a fait valoir l’appelante, il ne fait aucun doute que l’objectif poursuivi par le Parlement au sous-alinéa 80(4)c)(ii) satisfait à l’exigence d’un mal réel et d’un préjudice appréhendé raisonnable. Les deux juges ont d’ailleurs cité en exemple la prévention de la pollution comme un exercice valide de la compétence en droit criminel (*Renvoi relatif à la procréation assistée*, au paragraphe 237); la preuve scientifique abondante, de même que les obligations internationales du Canada, établissent clairement qu’il doit en aller de même pour la protection de la biodiversité et des espèces menacées.

[63] Finally, the appellant argues that the Order and the provision authorizing it do not have the fundamental ingredients of the criminal law in that it does not provide for a general prohibition. Instead, it lists a series of prohibitions targeting specific behaviours. According to the appellant, there was (contrary to the situation in *Hydro-Québec*) no need to set aside the general rule that criminal prohibitions must be drafted in general terms, apply throughout Canada (subject to possible exemptions), and be included in an Act rather than in a regulation. In my opinion, this argument cannot be accepted either.

[64] No doubt Parliament could have chosen, as some provincial legislatures have, to introduce general prohibitions that apply to the whole country, even if it meant adding more targeted regulatory exemptions to such a system. But the choice of the means used to combat an evil is not within the courts' jurisdiction, as long as the form chosen does not have the effect of transforming the measure into a prohibitory regulation rather than a prohibition: *Reference re Assisted Reproduction*, at paragraph 30.

[65] In its reasons, the Federal Court discussed at length the argument put forward by the appellant (at paragraphs 141–164), and I can do no better than to fully endorse them. It has long been recognized that Parliament may leave it to a minister or the Governor in Council to define a crime, define its scope and provide for exemptions. This is exactly what section 34 of the *Canadian Environmental Protection Act* did by providing the option to adopt regulations prescribing or imposing the quantity or concentration of a listed substance that may be released into the environment, where these substances may be released, the manufacturing or processing activities during which the substance may be released, the manner and conditions of release, and so on. Although extremely detailed, the regulations authorized under section 34 have nevertheless received the approval of the Supreme Court, in terms that also apply to subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act:

[63] Enfin, l'appelante soutient que le Décret et la disposition qui l'autorise ne respectent pas les attributs essentiels du droit criminel du fait qu'il ne prévoit pas une interdiction générale, mais énumère plutôt une série d'interdictions visant des comportements précis. Selon l'appelante, il n'y avait aucune nécessité (contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire *Hydro-Québec*) d'écarter la règle générale à l'effet que les interdictions criminelles doivent être rédigées en des termes généraux, s'appliquer à tout le territoire canadien (sous réserve de possibles exemptions), et se retrouver dans une loi plutôt que dans un règlement. À mon avis, cet argument ne peut davantage être retenu.

[64] Sans doute le Parlement aurait-il pu choisir, comme l'ont fait certaines législatures provinciales, de procéder par voie d'interdictions générales applicables à l'ensemble du pays, quitte à greffer à un tel régime des exemptions réglementaires plus ciblées. Mais le choix des moyens utilisés pour combattre un mal n'est pas du ressort des tribunaux, tant et aussi longtemps que la forme retenue n'a pas pour effet de transformer la mesure en une réglementation interdite plutôt qu'en une interdiction : *Renvoi relatif à la procréation assistée*, au paragraphe 30.

[65] La Cour fédérale a longuement traité de l'argument avancé par l'appelante dans ses motifs (aux paragraphes 141–164), et je ne peux faire mieux que de les endosser entièrement. Il est acquis depuis longtemps que le Parlement peut déléguer à un ministre ou au gouverneur en conseil le soin de définir un crime, d'en préciser la portée et de prévoir des exemptions. C'est d'ailleurs précisément ce que faisait l'article 34 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, en prévoyant la possibilité d'adopter des règlements prescrivant ou imposant la quantité ou la concentration d'une substance inscrite pouvant être rejetée dans l'environnement, les endroits où ces substances peuvent être rejetées, les activités de fabrication ou de traitement au cours desquelles la substance peut être rejetée, la manière et les conditions du rejet, et ainsi de suite. Bien que d'une nature extrêmement détaillée, la réglementation autorisée par l'article 34 a néanmoins reçu l'aval de la Cour suprême, dans des termes qui s'appliquent tout aussi bien au sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi :

What Parliament is doing in section 34 is making provision for carefully tailoring the prohibited action to specified substances used or dealt with in specific circumstances. This type of tailoring is obviously necessary in defining the scope of a criminal prohibition, and is, of course, within Parliament's power....

Hydro-Québec, at paragraph 151.

[66] The Supreme Court has long recognized the need to be flexible in protecting the environment, given the breadth and complexity of the subject. In *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 24 O.R. (3d) 454, [1995] S.C.J. No. 62 (QL), Justice Gonthier wrote (at paragraph 43):

What is clear from this brief review of Canadian pollution prohibitions is that our legislators have preferred to take a broad and general approach, and have avoided an exhaustive codification of every circumstance in which pollution is prohibited. Such an approach is hardly surprising in the field of environmental protection, given that the nature of the environment (its complexity, and the wide range of activities which might cause harm to it) is not conducive to precise codification. Environmental protection legislation has, as a result, been framed in a manner capable of responding to a wide variety of environmentally harmful scenarios, including ones which might not have been foreseen by the drafters of the legislation....

See also *Hydro-Québec*, at paragraph 134, where the majority cited this passage with approval.

[67] What is true of environmental protection is also true of measures to preserve biodiversity, especially in a situation where the emergency requires immediate and well-targeted measures. In this matter, the precise identification of proscribed activities and the area where the habitat of a listed wildlife species must be protected to ensure the recovery or survival of the species is a virtue and is better than an unnecessarily broad measure which is likely to have a disproportionate impact on the exercise of provincial powers: *Hydro-Québec*, at paragraph 147. I can therefore, once again, only endorse the comments of LeBlanc J. of the Federal Court, when he wrote (at paragraph 150):

Ce que fait le Parlement à l'art. 34, c'est créer une disposition qui permette de bien adapter l'action interdite aux substances mentionnées qui sont utilisées ou traitées dans certaines circonstances. Ce genre d'adaptation est manifestement requis pour définir l'étendue d'une interdiction criminelle et relève, naturellement, de la compétence du Parlement [...]

Hydro-Québec, au paragraphe 151.

[66] La Cour suprême reconnaît depuis longtemps la nécessité de faire preuve d'une certaine flexibilité en matière de protection de l'environnement, compte tenu de l'ampleur et de la complexité du sujet. Déjà, dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, [1995] A.C.S. n° 62 (QL), le juge Gonthier écrivait (au paragraphe 43) :

Il ressort clairement de cette brève revue des interdictions relatives à la pollution au Canada que nos législateurs ont préféré adopter une démarche générale, évitant ainsi une codification exhaustive de chaque situation entraînant l'interdiction de polluer. Une telle démarche dans le domaine de la protection de l'environnement ne surprend pas, étant donné que la nature de l'environnement (sa complexité et la vaste gamme des activités qui peuvent en causer la dégradation) ne se prête pas à une codification précise. Les lois sur la protection de l'environnement ont donc été rédigées d'une façon qui permette de répondre à une vaste gamme d'atteintes environnementales, y compris celles qui n'ont peut-être même pas été envisagées par leurs rédacteurs [...]

Voir aussi *Hydro-Québec*, au paragraphe 134, où la majorité reprend avec approbation ce passage.

[67] Ce qui est vrai pour la protection de l'environnement l'est tout autant pour les mesures destinées à préserver la biodiversité, surtout dans une situation où l'urgence requiert des mesures immédiates et bien ciblées. En cette matière, l'identification précise des activités prosrites et du périmètre où l'habitat d'une espèce sauvage inscrite doit être protégé pour assurer le rétablissement ou la survie de l'espèce constituent une vertu et valent mieux qu'une mesure inutilement large qui risque d'avoir une incidence disproportionnée sur l'exercice des pouvoirs provinciaux : *Hydro-Québec*, au paragraphe 147. Je ne peux donc que faire miens, encore

In *Hydro-Québec*, the majority stated that it was, “of course,” within Parliament’s criminal law power to use its regulatory authority to carefully tailor the prohibited action based on the circumstances in which a toxic substance can be used or dealt with. I believe the same is true for the protection of species at risk facing an imminent threat to their survival or recovery. The measures deemed necessary in one case might not be necessary in another, with each species and each critical habitat having its own particularities. Giving the executive branch the power to carefully adapt the prohibited activity, as does subparagraph 80(4)(c)(ii), according to the particularities of the species and its habitat and the circumstances creating the imminent threat to its survival or recovery is, in my view, a valid exercise of Parliament’s criminal law power.

[68] In short, for all the foregoing reasons, I am of the view that subparagraph 80(4)(c)(ii) constitutes a valid exercise of the power conferred on Parliament by subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, and the same necessarily applies to the Emergency Order adopted under its authority. In the light of this conclusion, I do not find it necessary to rule on whether the impugned provision could be saved under the ancillary powers doctrine or could have been validly adopted on the basis of Parliament’s jurisdiction over peace, order and good government.

B. *Did the Federal Court err in ruling that the absence of compensation does not invalidate the Order?*

[69] The appellant reprised before us the arguments it had submitted before the Federal Court, namely that the Emergency Order should be set aside because the prohibitions it imposes are similar to a *de facto* expropriation, thus contrary to article 952 of the *Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991 (C.C.Q.). According to that provision, no “owner may be compelled to transfer his ownership except by expropriation according to law for public utility and in return for a just and prior indemnity.” The

une fois, les propos du juge LeBlanc de la Cour fédérale lorsqu’il écrit (au paragraphe 150) :

Les juges majoritaires, dans l’arrêt *Hydro Québec*, ont statué qu’il relevait « naturellement » de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, d’adapter soigneusement, par le biais d’un pouvoir réglementaire, l’activité interdite en fonction des circonstances dans lesquelles une substance toxique peut être utilisée ou traitée. J’estime qu’il en va de même de la protection des espèces en péril dont la survie ou le rétablissement sont menacés d’un péril imminent. Les mesures jugées nécessaires dans un cas peuvent ne pas l’être dans l’autre, chaque espèce et chaque habitat essentiel présentant des particularités qui leurs sont propres. Doter l’Exécutif, comme le fait le sous-alinéa 80(4)(c)(ii), du pouvoir d’adapter soigneusement l’activité interdite en fonction des particularités de l’espèce visée et de son habitat et des circonstances dans lesquelles la menace imminente pour sa survie ou son rétablissement se présente me paraît relever d’un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

[68] Bref, pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) constitue un exercice valide de la compétence octroyée au Parlement par le paragraphe 91(27) de la L.C. de 1867, et il en va nécessairement de même du Décret d’urgence adopté sous son autorité. Étant donné cette conclusion, je n’estime pas nécessaire de me prononcer sur la question de savoir si la disposition contestée pourrait être sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires, ou aurait pu être valablement adoptée sur la base de la compétence du Parlement relative à la paix, l’ordre et le bon gouvernement.

B. *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que l’absence d’indemnisation n’entraîne pas l’invalidité du Décret?*

[69] L’appelante a repris devant nous les arguments qu’elle avait fait valoir devant la Cour fédérale, à savoir que le Décret d’urgence devrait être invalidé parce les interdictions qu’il impose s’apparentent à une expropriation déguisée et contreviennent de ce fait à l’article 952 du *Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991 (C.c.Q.). Cette disposition prévoit qu’un « propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n’est par voie d’expropriation faite suivant la loi pour

appellant submits that the Federal Court erred in concluding, on the basis of section 64 of the Act, that the concepts of disguised or *de facto* expropriation had been explicitly excluded by the compensation scheme set out in this provision.

[70] Although pleaded with skill and conviction, the argument does not persuade me, and I am of the opinion that the Federal Court correctly rejected it. Section 80 of the Act does not require that the Governor in Council meet any compensation requirements when adopting an emergency order. Therefore, it cannot be argued that the Governor in Council exceeded the powers conferred on him by the Act and did not comply with the purpose sought by Parliament or the conditions prescribed in the exercise of the power delegated to him. On the contrary, section 80 does not give the Governor in Council any power to provide compensation. As a result, he could not exceed the powers conferred on him by the Act: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 752, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, [1980] S.C.J. No. 99 (QL). Therefore, the Emergency Order cannot be invalidated on this basis.

[71] Pursuant to subsection 64(1) of the Act, the Minister may determine whether compensation must be provided for losses suffered as a result of the impact of the application of an emergency order. Subsection 64(2) provides that the Governor in Council “shall make regulations that the Governor in Council considers necessary for carrying out the purposes and provisions of subsection (1)”.

[72] This provision defeats the appellant’s argument based on *de facto* or disguised expropriation. We are not dealing here with a legislative gap that could be filled by section 952 of the C.C.Q. I have no doubt that this provision could apply to the federal Crown in a situation where federal law would be silent on the matter: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 8.1; *St Hilaire v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 63, [2001] 4 F.C. 289; *Canada v. Raposo*, 2019 FCA 208. However, such is not the case here, given the compensation mechanism set out in section 64 of the Act. This

une cause d’utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ». L’appelante soutient que la Cour fédérale a erré en s’appuyant sur l’article 64 de la Loi pour conclure que les concepts d’appropriation de fait ou d’expropriation déguisée avaient été explicitement écartés par le régime d’indemnisation prévu par cette disposition.

[70] Cet argument, bien que plaidé avec habileté et conviction, ne me convainc pas, et je suis d’avis que la Cour fédérale a eu raison de le rejeter. L’article 80 de la Loi n’astreint le gouverneur en conseil à aucune exigence en matière d’indemnisation lorsqu’il adopte un décret d’urgence. L’on ne saurait donc prétendre que le gouverneur en conseil a excédé les pouvoirs que la Loi lui confère, et ne s’est pas conformé à l’objectif visé par le législateur ou aux conditions prescrites dans l’exercice du pouvoir qui lui a été délégué. Au contraire, l’article 80 n’accorde aucun pouvoir d’indemnisation au gouverneur en conseil, et ce dernier ne pouvait en conséquence aller au-delà des pouvoirs que la Loi lui confère : *Procureur général du Canada c. Tapirisat et autres*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 752, [1980] A.C.S. n° 99 (QL). Le Décret d’urgence ne saurait donc être invalidé sur cette base.

[71] Au terme du paragraphe 64(1) de la Loi, c’est au ministre qu’il revient de déterminer si une indemnité doit être versée pour compenser les pertes subies en raison des conséquences que pourrait avoir l’application d’un décret d’urgence. Le paragraphe (2) de ce même article prévoit par ailleurs que le gouverneur en conseil « doit, par règlement, prendre toute mesure qu’il juge nécessaire à l’application du paragraphe (1) ».

[72] Cette disposition met en échec l’argumentation de l’appelante fondée sur l’appropriation de fait ou l’expropriation déguisée. Nous ne sommes pas ici en présence d’un vide législatif auquel pourrait venir suppléer l’article 952 du C.c.Q. Je ne doute pas que cette disposition puisse s’appliquer à la Couronne fédérale dans une situation où le droit fédéral serait silencieux en la matière : *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 8.1; *St Hilaire c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289; *Canada c. Raposo*, 2019 CAF 208. Tel n’est cependant pas le cas ici, considérant le

case does not involve an expropriation carried out by indirect means. It involves a decision made pursuant to an Act that expressly authorizes the expropriation and sets out a compensation scheme specifically tailored to the objectives sought by the Act. In my opinion, this is sufficient to preclude recourse to the general law in matters of disguised expropriation arising both from the common law and section 952 of the C.C.Q.

[73] The appellant retorts that in the absence of a regulation adopted by the Governor in Council providing (1) the procedure for claiming compensation, (2) the method for determining the right to compensation, the value of the loss suffered and the amount of compensation for this loss, as well as (3) the terms and conditions of this compensation, we find ourselves, as it were, in a legislative gap. If I understand this argument correctly, it would be necessary to use the provincial general law as suppletive law, as long as the regulation set out in subsection 64(2) of the Act has not been adopted.

[74] I find this argument to be without basis, and the Federal Court correctly rejected it. As the Supreme Court stated in *Irving Oil Ltd. et al. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787, at page 795, (1980), 29 N.B.R. (2d) 529, [1980] S.C.J. No. 23 (QL), a regulatory authority cannot nullify the application of a law and deprive the litigants of a benefit or remedy to which they would be entitled by refraining from adopting the regulation which conditions its existence. According to this logic, the Minister could not cling to the fact that no regulation was adopted pursuant to subsection 64(2) of the Act in order to deny a claim for compensation. To the extent that the Act is interpreted as creating a duty in this sense, failure to act could be interpreted as an abuse of power punishable under the rules of administrative law. I also note that the Federal Court dismissed an extra-contractual liability action brought against the Federal Crown for failing to provide compensation for losses suffered following the adoption of the Emergency Order (9255-2504 *Québec Inc. v. Canada*, 2020 FC 161). In that case, the Court held that the Crown did not incur any extra-contractual civil liability because the Governor in Council had not adopted regulations implementing the

mécanisme d'indemnisation mis en place par l'article 64 de la Loi. Nous ne sommes pas en présence d'une expropriation effectuée par des moyens détournés, mais plutôt d'une décision prise aux termes d'une loi qui l'autorise explicitement et qui prévoit un régime d'indemnisation spécifiquement adapté aux objectifs poursuivis par la Loi. Cela suffit, à mon sens, pour écarter le recours au droit commun en matière d'expropriation déguisée issu tant de la common law que de l'article 952 du C.c.Q.

[73] L'appelante rétorque qu'en l'absence de règlement adopté par le gouverneur en conseil prévoyant 1) la marche à suivre pour réclamer une indemnité, 2) le mode de détermination du droit à l'indemnité, de la valeur de la perte subie et du montant de l'indemnisation pour cette perte, ainsi que 3) les modalités de cette indemnisation, on se retrouve en quelque sorte dans une situation de vide législatif. Si je comprends bien cet argument, il serait nécessaire de recourir au droit commun provincial à titre de droit supplétif, tant et aussi longtemps que le règlement prévu au paragraphe 64(2) de la Loi n'aura pas été adopté.

[74] Cette thèse me paraît sans fondement, et la Cour fédérale a eu raison de ne pas la retenir. Tel que le mentionnait la Cour suprême dans l'arrêt *Irving Oil Ltd. et autres c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787, à la page 795, (1980), 29 R.N.-B. (2^e) 529, [1980] A.C.S. n° 23 (QL), une autorité réglementaire ne peut stériliser l'application d'une loi et priver les justiciables d'un avantage ou d'une réparation auxquels ils auraient droit en s'abstenant d'adopter le règlement qui en conditionne l'existence. Selon cette logique, le Ministre ne pourrait se replier indéfiniment sur le fait qu'aucun règlement n'a été adopté sous l'autorité du paragraphe 64(2) de la Loi pour refuser une demande d'indemnisation. Dans la mesure où la Loi serait interprétée comme créant une obligation en ce sens, le défaut d'agir pourrait être interprété comme un abus de pouvoir sanctionnable selon les règles du droit administratif. Je note par ailleurs que la Cour fédérale a rejeté une action en responsabilité extracontractuelle à l'encontre de la Couronne fédérale pour avoir fait défaut de compenser les pertes subies suite à l'adoption du Décret d'urgence (9255-2504 *Québec Inc. c. Canada*, 2020 CF 161). Dans cette affaire, la Cour a jugé que la responsabilité civile

compensation scheme created by section 64 of the Act, or because the Minister had decided not to provide compensation because of the absence of regulations. I do not consider it appropriate to discuss further this question, given the appeal against that decision lodged before this Court.

[75] On the other hand, the decision that the Minister could make (or had already made) not to compensate the appellant could be the subject of a separate challenge. As the Federal Court aptly pointed out, this is “a different decision-making process that meets a different and independent factual and legislative dynamic” (the Decision, at paragraph 213). The Minister is responsible by law for making this decision, not the Governor in Council, and this determination must be made after the Emergency Order comes into force. Therefore, it cannot have any impact on the validity of the Emergency Order as such. For this reason, it would not only be premature, but inappropriate to consider a possible claim for compensation that the appellant might make and any related issues that such a claim might raise.

V. Conclusion

[76] For all of the above reasons, I find that the appeal should be dismissed, with costs.

BOIVIN J.A.: I agree.

RIVOALEN J.A.: I agree.

APPENDIX

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29

Emergency order

80 (1) The Governor in Council may, on the recommendation of the competent minister, make an emergency order to provide for the protection of a listed wildlife species.

extracontractuelle de la Couronne n’était pas engagée du fait que le gouverneur en conseil n’avait pas adopté un règlement de mise en œuvre du régime indemnitaire créé par l’article 64 de la Loi, ou encore du fait que la ministre avait décidé de ne pas verser d’indemnités en raison de l’absence de règlements. Je n’estime pas opportun d’élaborer davantage sur cette question, étant donné l’appel logé devant cette Cour à l’encontre de cette décision.

[75] D’autre part, la décision que pourrait prendre (ou qu’aurait déjà prise) le ministre de ne pas indemniser l’appelante pourrait faire l’objet d’une contestation distincte. Comme le souligne avec à-propos la Cour fédérale, il s’agit là d’un « processus décisionnel différent, répondant à une dynamique factuelle et législative différente et indépendante » (la Décision, au paragraphe 213). C’est le ministre qui est chargé par la Loi de prendre cette décision, et non le gouverneur en conseil, et cette détermination est nécessairement subséquente à l’entrée en vigueur du Décret d’urgence. Elle ne peut donc avoir aucun impact sur la validité du Décret d’urgence en tant que tel. Pour ce motif, il serait non seulement prématuré, mais également inopportun de se pencher sur une éventuelle demande d’indemnisation que pourrait présenter l’appelante et sur toutes les questions connexes que pourrait soulever une telle demande.

V. Conclusion

[76] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis donc d’avis que l’appel devrait être rejeté, avec dépens.

BOIVIN, J.C.A. : Je suis d’accord.

RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d’accord.

ANNEXE

Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29

Décrets d’urgence

80 (1) Sur recommandation du ministre compétent, le gouverneur en conseil peut prendre un décret d’urgence visant la protection d’une espèce sauvage inscrite.

Obligation to make recommendation

(2) The competent minister must make the recommendation if he or she is of the opinion that the species faces imminent threats to its survival or recovery.

Consultation

(3) Before making a recommendation, the competent minister must consult every other competent minister.

Contents

(4) The emergency order may

(a) in the case of an aquatic species,

(i) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(ii) include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat;

(b) in the case of a species that is a species of migratory birds protected by the *Migratory Birds Convention Act, 1994*,

(i) on federal land or in the exclusive economic zone of Canada,

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat, and

(ii) on land other than land referred to in subparagraph (i),

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions requiring the doing of things that protect the species and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat; and

(c) with respect to any other species,

Recommandation obligatoire

(2) Le ministre compétent est tenu de faire la recommandation s'il estime que l'espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement.

Consultation

(3) Avant de faire la recommandation, il consulte tout autre ministre compétent.

Contenu du décret

(4) Le décret peut :

a) dans le cas d'une espèce aquatique :

(i) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(ii) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire;

b) dans le cas d'une espèce d'oiseau migrateur protégée par la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* se trouvant :

(i) sur le territoire domanial ou dans la zone économique exclusive du Canada :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire,

(ii) ailleurs que sur le territoire visé au sous-alinéa (i) :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat;

c) dans le cas de toute autre espèce se trouvant :

(i) on federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada,

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat, and

(ii) on land other than land referred to in subparagraph (i),

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat.

Exemption

(5) An emergency order is exempt from the application of section 3 of the *Statutory Instruments Act*.

(i) sur le territoire domanial, dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental du Canada :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire,

(ii) ailleurs que sur le territoire visé au sous-alinéa (i) :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat.

Exclusion

(5) Les décrets d'urgence sont soustraits à l'application de l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*.



2020 Volume 3

Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOVIN, 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.

ARRÊTISTES

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

EMMA KALY

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

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

JUDGES OF THE FEDERAL COURTS

FEDERAL COURT OF APPEAL CHIEF JUSTICE

The Honourable MARC NOËL
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 24, 1992;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) June 23, 1998;
Appointed October 9, 2014)*

FEDERAL COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable MARC NADON
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 10, 1993;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 14, 2001;
Supernumerary July 25, 2011)*

The Honourable J.D. DENIS PELLETIER
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) February 16, 1999;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 14, 2001;
Supernumerary February 16, 2014)*

The Honourable JOHANNE GAUTHIER
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 11, 2002;
Appointed October 20, 2011)*

The Honourable DAVID W. STRATAS
(Appointed December 11, 2009)

The Honourable WYMAN W. WEBB
(Appointed October 4, 2012)

The Honourable DAVID G. NEAR
*(Appointed Judge of the Federal Court June 19, 2009;
Appointed February 7, 2013)*

The Honourable RICHARD BOIVIN
*(Appointed Judge of the Federal Court June 19, 2009;
Appointed April 10, 2014)*

The Honourable DONALD J. RENNIE
*(Appointed Judge of the Federal Court September 30, 2010;
Appointed February 26, 2015)*

The Honourable YVES de MONTIGNY
*(Appointed Judge of the Federal Court November 19, 2004;
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable MARY J.L. GLEASON
*(Appointed Judge of the Federal Court December 15, 2011;
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable JUDITH M. WOODS
*(Appointed Judge of the Tax Court of Canada March 20, 2003;
Appointed June 16, 2016; Supernumerary April 1, 2018)*

The Honourable JOHN B. LASKIN
(Appointed June 21, 2017)

The Honourable MARIANNE RIVOALEN
(Appointed September 21, 2018)

The Honourable GEORGE R. LOCKE
*(Appointed Judge of the Federal Court April 10, 2014;
Appointed March 7, 2019)*

The Honourable ANNE L. MACTAVISH
*(Appointed Judge of the Federal Court November 19, 2003;
Appointed June 22, 2019)*

The Honourable RENÉ LEBLANC
*(Appointed Judge of the Federal Court April 10, 2014;
Appointed April 28, 2020)*

**FEDERAL COURT
CHIEF JUSTICE**

The Honourable PAUL S. CRAMPTON
*(Appointed Judge of the Federal Court November 26, 2009;
Appointed December 15, 2011)*

**FEDERAL COURT
ASSOCIATE CHIEF JUSTICE**

The Honourable JOCELYNE GAGNÉ
(Appointed Judge of the Federal Court May 31, 2012; Appointed December 12, 2018)

FEDERAL COURT JUDGES

The Honourable SANDRA J. SIMPSON
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 10, 1993;
Supernumerary June 10, 2012)*

The Honourable ELIZABETH HENEGHAN
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) November 15, 1999)*

The Honourable LUC MARTINEAU
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) January 25, 2002;
Supernumerary September 1, 2018)*

The Honourable SIMON NOËL
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) August 8, 2002;
Supernumerary September 1, 2017)*

The Honourable JAMES O'REILLY
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 12, 2002;
Supernumerary May 29, 2019)*

The Honourable RICHARD G. MOSLEY
(Appointed November 4, 2003; Supernumerary November 4, 2018)

The Honourable MICHEL M.J. SHORE
(Appointed November 4, 2003; Supernumerary March 21, 2018)

The Honourable MICHAEL L. PHELAN
(Appointed November 19, 2003; Supernumerary June 16, 2017)

The Honourable ROBERT L. BARNES
(Appointed November 22, 2005; Supernumerary November 22, 2020)

The Honourable RUSSEL W. ZINN
(Appointed February 20, 2008)

The Honourable CATHERINE M. KANE
(Appointed June 21, 2012)

The Honourable MICHAEL D. MANSON
(Appointed October 4, 2012)

The Honourable YVAN ROY
(Appointed December 13, 2012)

The Honourable CECILY Y. STRICKLAND
(Appointed December 13, 2012)

The Honourable PETER B. ANNIS
(Appointed February 7, 2013; Supernumerary June 18, 2020)

The Honourable GLENNYS L. McVEIGH
(Appointed April 25, 2013)

The Honourable MARTINE ST-LOUIS
(Appointed April 10, 2014)

The Honourable HENRY S. BROWN
(Appointed June 13, 2014)

The Honourable ALAN DINER
(Appointed June 13, 2014)

The Honourable SIMON FOTHERGILL
(Appointed December 12, 2014)

The Honourable B. RICHARD BELL
(Appointed February 5, 2015)

The Honourable DENIS GASCON
(Appointed February 26, 2015)

The Honourable RICHARD F. SOUTHCOTT
(Appointed May 5, 2015)

The Honourable PATRICK K. GLEESON
(Appointed May 29, 2015)

The Honourable E. SUSAN ELLIOTT
(Appointed June 26, 2015)

The Honourable SYLVIE E. ROUSSEL
(Appointed June 26, 2015)

The Honourable ANN MARIE McDONALD
(Appointed September 1, 2015)

The Honourable ROGER R. LAFRENIÈRE
(Appointed June 8, 2017)

The Honourable WILLIAM F. PENTNEY
(Appointed June 21, 2017)

The Honourable SHIRZAD S. AHMED
(Appointed September 14, 2017)

The Honourable SÉBASTIEN GRAMMOND
(Appointed November 9, 2017)

The Honourable PAUL FAVEL
(Appointed December 11, 2017)

The Honourable ELIZABETH WALKER
(Appointed February 26, 2018)

The Honourable JOHN NORRIS
(Appointed February 26, 2018)

The Honourable PETER G. PAMEL
(Appointed May 2, 2019)

The Honourable NICHOLAS McHAFFIE
(Appointed May 2, 2019)

The Honourable JANET M. FUHRER
(Appointed June 27, 2019)

The Honourable CHRISTINE PALLOTTA
(Appointed January 30, 2020)

The Honourable ANDREW D. LITTLE
(Appointed April 28, 2020)

The Honourable ANGELA FURLANETTO
(Appointed as a Prothonotary of the Federal Court March 7, 2019; Appointed February 26, 2021)

The Honourable LOBAT SADREHASHEMI
(Appointed March 31, 2021)

DEPUTY JUDGES

None at present

PROTHONOTARIES

MIREILLE TABIB
(Appointed April 22, 2003)

MARTHA MILCZYNSKI
(Appointed September 25, 2003)

KEVIN R. AALTO
(Appointed May 7, 2007)

MANDY AYLEN
(Appointed June 16, 2016)

KATHLEEN M. RING
(Appointed December 19, 2017)

ALEXANDRA STEELE
(Appointed May 15, 2018)

SYLVIE M. MOLGAT
(Appointed November 21, 2018)

JUGES DES COURS FÉDÉRALES

LE JUGE EN CHEF COUR D'APPEL FÉDÉRALE

L'honorable MARC NOËL
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 24 juin 1992; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 23 juin 1998; nommé le 9 octobre 2014)*

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

L'honorable MARC NADON
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 10 juin 1993; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 14 décembre 2001; surnuméraire le 25 juillet 2011)*

L'honorable J.D. DENIS PELLETIER
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 16 février 1999; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 14 décembre 2001; surnuméraire le 16 février 2014)*

L'honorable JOHANNE GAUTHIER
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 11 décembre 2002; nommée le 20 octobre 2011)*

L'honorable DAVID W. STRATAS
(nommé le 11 décembre 2009)

L'honorable WYMAN W. WEBB
(nommé le 4 octobre 2012)

L'honorable DAVID G. NEAR
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 juin 2009;
nommé le 7 février 2013)*

L'honorable RICHARD BOIVIN
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 juin 2009;
nommé le 10 avril 2014)*

L'honorable DONALD J. RENNIE
*(nommé juge à la Cour fédérale le 30 septembre 2010;
nommé le 26 février 2015)*

L'honorable YVES de MONTIGNY
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 novembre 2004;
nommé le 26 juin 2015)*

L'honorable MARY J.L. GLEASON
*(nommée juge à la Cour fédérale le 15 décembre 2011;
nommée le 26 juin 2015)*

L'honorable JUDITH M. WOODS
*(nommée juge à la Cour canadienne de l'impôt le 20 mars 2003;
nommée le 16 juin 2016; surnuméraire, le 1 avril 2018)*

L'honorable JOHN B. LASKIN
(nommé le 21 juin 2017)

L'honorable MARIANNE RIVOALEN
(nommée le 21 septembre 2018)

L'honorable GEORGE R. LOCKE
*(nommé juge à la Cour fédérale le 10 avril 2014;
nommé le 7 mars 2019)*

L'honorable ANNE L. MACTAVISH
*(nommée juge à la Cour fédérale le 19 novembre 2003;
nommée le 22 juin 2019)*

L'honorable RENÉ LEBLANC
*(nommé juge à la Cour fédérale le 10 avril 2014;
nommé le 28 avril 2020)*

**LE JUGE EN CHEF
COUR FÉDÉRALE**

L'honorable PAUL S. CRAMPTON
*(nommé juge à la Cour fédérale le 26 novembre 2009;
nommé le 15 décembre 2011)*

**LA JUGE EN CHEF ADJOINTE
COUR FÉDÉRALE**

L'honorable JOCELYNE GAGNÉ
(nommée juge à la Cour fédérale le 31 mai 2012; nommée le 12 décembre 2018)

LES JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE

L'honorable SANDRA J. SIMPSON
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 10 juin 1993; surnuméraire le 10 juin 2012)*

L'honorable ELIZABETH HENEGHAN
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 15 novembre 1999)*

L'honorable LUC MARTINEAU
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 25 janvier 2002; surnuméraire le 1^{er} septembre 2018)*

L'honorable SIMON NOËL
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 8 août 2002; surnuméraire le 1^{er} septembre 2017)*

L'honorable JAMES O'REILLY
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 12 décembre 2002; surnuméraire le 29 mai 2019)*

L'honorable RICHARD G. MOSLEY
(nommé le 4 novembre 2003; surnuméraire le 4 novembre 2018)

L'honorable MICHEL M.J. SHORE
(nommé le 4 novembre 2003; surnuméraire le 21 mars 2018)

L'honorable MICHAEL L. PHELAN
(nommé le 19 novembre 2003; surnuméraire le 16 juin 2017)

L'honorable ROBERT L. BARNES
(nommé le 22 novembre 2005; surnuméraire le 22 novembre 2020)

L'honorable RUSSEL W. ZINN
(nommé le 20 février 2008)

L'honorable CATHERINE M. KANE
(nommée le 21 juin 2012)

L'honorable MICHAEL D. MANSON
(nommé le 4 octobre 2012)

L'honorable YVAN ROY
(nommé le 13 décembre 2012)

L'honorable CECILY Y. STRICKLAND
(nommée le 13 décembre 2012)

L'honorable PETER B. ANNIS
(nommé le 7 février 2013; surnuméraire le 18 juin 2020)

L'honorable GLENNYS L. McVEIGH
(nommée le 25 avril 2013)

L'honorable MARTINE ST-LOUIS
(nommée le 10 avril 2014)

L'honorable HENRY S. BROWN
(nommé le 13 juin 2014)

L'honorable ALAN DINER
(nommé le 13 juin 2014)

L'honorable SIMON FOTHERGILL
(nommé le 12 décembre 2014)

L'honorable B. RICHARD BELL
(nommé le 5 février 2015)

L'honorable DENIS GASCON
(nommé le 26 février 2015)

L'honorable RICHARD F. SOUTHCOTT
(nommé le 5 mai 2015)

L'honorable PATRICK K. GLEESON
(nommé le 29 mai 2015)

L'honorable E. SUSAN ELLIOTT
(nommée le 26 juin 2015)

L'honorable SYLVIE E. ROUSSEL
(nommée le 26 juin 2015)

L'honorable ANN MARIE McDONALD
(nommée le 1 septembre 2015)

L'honorable ROGER R. LAFRENIÈRE
(nommé le 8 juin 2017)

L'honorable WILLIAM F. PENTNEY
(nommé le 21 juin 2017)

L'honorable SHIRZAD S. AHMED
(nommé le 14 septembre 2017)

L'honorable SÉBASTIEN GRAMMOND
(nommé le 9 novembre 2017)

L'honorable PAUL FAVEL
(nommé le 11 décembre 2017)

L'honorable ELIZABETH WALKER
(nommée le 26 février 2018)

L'honorable JOHN NORRIS
(nommé le 26 février 2018)

L'honorable PETER G. PAMEL
(nommé le 2 mai 2019)

L'honorable NICHOLAS McHAFFIE
(nommé le 2 mai 2019)

L'honorable JANET M. FUHRER
(nommée le 27 juin 2019)

L'honorable CHRISTINE PALLOTTA
(nommée le 30 janvier 2020)

L'honorable ANDREW D. LITTLE
(nommé le 28 avril 2020)

L'honorable ANGELA FURLANETTO
(nommée protonotaire de la Cour fédérale le 7 mars 2019; nommée le 26 février 2021)

L'honorable LOBAT SADREHASHEMI
(nommée le 31 mars 2021)

JUGES SUPPLÉANTS

Aucun en ce moment

PROTONOTAIRES

MIREILLE TABIB
(nommée le 22 avril 2003)

MARTHA MILCZYNSKI
(nommée le 25 septembre 2003)

KEVIN R. AALTO
(nommé le 7 mai 2007)

MANDY AYLEN
(nommée le 16 juin 2016)

KATHLEEN M. RING
(nommée le 19 décembre 2017)

ALEXANDRA STEELE
(nommée le 15 mai 2018)

SYLVIE M. MOLGAT
(nommée le 21 novembre 2018)

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General), T-982-19, 2019 FC 1195, has been reversed on appeal (A-386-19, 2021 FCA 84, reasons for judgment handed down April 26, 2021). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship), IMM-2229-17, IMM-2977-17, IMM-775-17, 2020 FC 770, has been reversed on appeal (A-204-20, 2021 FCA 72, reasons for judgment handed down April 15, 2021). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Kattenburg v. Canada (Attorney General), 2019 FC 1003, [2019] 4 F.C.R. 747, has been affirmed on appeal (A-312-19, 2021 FCA 86). The reasons for judgment, handed down May 5, 2021, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General), A-382-17, A-383-17, 2020 FCA 103, Nadon J.A., judgment dated June 5, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 4, 2021.

Bell Canada v. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 FCA 140, Dawson J.A., judgment dated September 10, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused February 25, 2021.

Bragg Communications Incorporated (c.o.b. Eastlink) v. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 FCA 140, Dawson J.A., judgment dated September 10, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused February 25, 2021.

Brown v. Canada (Citizenship and Immigration), A-274-17, A-282-17, 2020 FCA 130, Rennie J.A., judgment dated August 7, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2021.

Canada v. 984274 Alberta Inc., A-186-19, 2020 FCA 125, Noël C.J., judgment dated July 28, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 29, 2021.

Canada (Attorney General) v. Kattenburg, A-312-19, 2020 FCA 164, Stratas J.A., order dated October 6, 2020, leave to appeal

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Alberta (Procureur général)*, T-982-19, 2019 CF 1195, a été infirmée en appel (A-386-19, 2021 CAF 84, les motifs du jugement ayant été prononcés le 26 avril 2021). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Conseil canadien des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-2229-17, IMM-2977-17, IMM-775-17, 2020 CF 770, a été infirmée en appel (A-204-20, 2021 CAF 72, les motifs du jugement ayant été prononcés le 15 avril 2021). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Kattenburg c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1003, [2019] 4 R.C.F. 747, a été confirmée en appel (A-312-19, 2021 CAF 86). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 5 mai 2021, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général), A-382-17, A-383-17, 2020 CAF 103, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 5 juin 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 mars 2021.

Bell Canada c. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 CAF 140, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 février 2021.

Bragg Communications Incorporated (c.o.b. Eastlink) c. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 CAF 140, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 février 2021.

Brown c. Canada (Procureur général), A-274-17, A-282-17, 2020 CAF 130, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 7 août 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2021.

Canada c. 984274 Alberta Inc., A-186-19, 2020 CAF 125, le juge en chef Noël, jugement en date du 28 juillet 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 avril 2021.

Canada (Procureur général) c. Kattenburg, A-312-19, 2020 CAF 164, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du

to S.C.C. refused April 1, 2021 (*sub nom. Independent Jewish Voices, et al. v. Canada (Attorney General) et al.*).

Curtis v. Canada (Human Rights Commission), A-50-19, 2020 FCA 149, Rivoalen J.A., judgment dated September 25, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 8, 2021.

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, A-267-17, A-270-17, 2020 FCA 100, Stratas J.A., judgment dated June 5, 2020, leave to appeal to S.C.C. granted April 22, 2021.

Girouard v. Canada (Attorney General), A-419-19, 2020 FCA 129, de Montigny J.A., judgment dated August 19, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused February 25, 2021.

Iberville Developments Limited v. Canada, A-192-18, 2020 FCA 115, Noël C.J., judgment dated July 3, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 1, 2021.

Keenan v. Canada, 19-A-73, Laskin J.A., order dated April 14, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 18, 2021.

Lafrenière v. Canada (Attorney General), A-104-19, 2020 FCA 110, LeBlanc J.A., judgment dated June 26, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 18, 2021.

Lawyers' Professional Indemnity Company v. Canada, A-348-18, 2020 FCA 90, Mactavish J.A., judgment dated May 19, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 1, 2021.

Leahy v. Canada (Citizenship and Immigration), A-1-20, 2020 FCA 145, Stratas J.A., judgment dated September 22, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2021.

Mann v. Canada, A-69-20, Gleason J.A., order dated October 19, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused May 6, 2021.

Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company, A-150-17, A-227-17, 2020 FCA 141, Stratas, Near and Woods J.J.A., judgment dated September 15, 2020, leave to appeal to S.C.C. granted May 20, 2021.

Rahman v. Canada (Citizenship and Immigration), A-255-20, 2020 FCA 220, Gauthier, Webb and Locke J.J.A., order dated December 18, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused May 6, 2021.

6 octobre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021 (*sub nom. Voix juives indépendantes, et al. c. Canada (Procureur général), et al.*).

Curtis c. Canada (Commission des droits de la personne), A-50-19, 2020 CAF 149, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 25 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 avril 2021.

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, A-267-17, A-270-17, 2020 CAF 100, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 5 juin 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 8 avril 2021.

Girouard c. Canada (Procureur général), A-419-19, 2020 CAF 129, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 19 août 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 février 2021.

Iberville Developments Limited c. Canada, A-192-18, 2020 CAF 115, le juge en chef Noël, jugement en date du 3 juillet 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021.

Keenan c. Canada, 19-A-73, le juge Laskin, J.C.A., ordonnance en date du 14 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 mars 2021.

Lafrenière c. Canada (Procureur général), A-104-19, 2020 CAF 110, le juge LeBlanc, J.C.A., jugement en date du 26 juin 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 mars 2021.

Lawyers' Professional Indemnity Company c. Canada, A-348-18, 2020 CAF 90, la juge Mactavish, J.C.A., jugement en date du 19 mai 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021.

Leahy c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-1-20, 2020 CAF 145, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 22 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2021.

Mann c. Canada, A-69-20, la juge Gleason, J.C.A., ordonnance en date du 19 octobre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 mai 2021.

Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company, A-150-17, A-227-17, 2020 CAF 141, les juges Stratas, Near et Woods, J.C.A., jugement en date du 15 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 20 mai 2021.

Rahman c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-255-20, 2020 CAF 220, les juges Gauthier, Webb et Locke, J.C.A., ordonnance en date du 18 décembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 mai 2021.

Rana v. Teamsters, Local Union No. 938, A-473-19, 2020 FCA 190, Laskin J.A., judgment dated November 4, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 1, 2021.

Shoan v. Canada (Attorney General), A-163-18, 2020 FCA 174, Stratas J.A., judgment dated October 19, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused May 6, 2021.

Rana c. Teamsters, Local Union No. 938, A-473-19, 2020 CAF 190, le juge en chef Laskin, jugement en date du 4 novembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021.

Shoan c. Canada (Procureur général), A-163-18, 2020 CAF 174, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 19 octobre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 mai 2021.

**TABLE
OF CASES REPORTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Angang Steel Company Limited v. Canada (Border Services Agency) (F.C.A.) . . .	179
B	
Barejo Holdings ULC v. Canada (F.C.A.)	249
BNSF Railway Company (F.C.A.), Canadian National Railway Company v.	124
C	
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Coldwater First Nation v.	3
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Groupe Maison Candiac Inc. v.	645
Canada (Attorney General) v. Democracy Watch (F.C.A.)	623
Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (F.C.A.) . . .	231
Canada (Border Services Agency) (F.C.A.), Angang Steel Company Limited v. . . .	179
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Gomes v.	292
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Reyes Garcia v.	99
Canada (Citizenship and Immigration) v. Kljajic (F.C.)	317
Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Office of the Chief Military Judge) (F.C.)	411
Canada (F.C.A.), Barejo Holdings ULC v.	249
Canada (F.C.A.), Loblaw Financial Holdings Inc. v.	481
Canada (F.C.A.), Toronto-Dominion Bank v.	201
Canada (Office of the Chief Military Judge) (F.C.), Canada (Director of Military Prosecutions) v.	411
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.), Goodman v.	143
Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”) (F.C.A.), York University v.	515
Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company (F.C.A.)	124
Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	3
D	
Democracy Watch (F.C.A.), Canada (Attorney General) v.	623

	PAGE
G	
Gomes v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	292
Goodman v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)	143
Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	645
K	
Kljajic (F.C.), Canada (Citizenship and Immigration) v.	317
L	
Loblaw Financial Holdings Inc. v. Canada (F.C.A.)	481
N	
Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (F.C.A.), Canada (Attorney General) v.	231
R	
Reyes Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	99
T	
Toronto-Dominion Bank v. Canada (F.C.A.)	201
Y	
York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”) (F.C.A.)	515

**TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME**

	PAGE
A	
Angang Steel Company Limited c. Canada (Agence des services frontaliers) (C.A.F.)	179
B	
Banque Toronto-Dominion c. Canada (C.A.F.)	201
BNSF Railway Company (C.A.F.), Compagnie des Chemins de Fer Nationaux du Canada c.	124
C	
Canada (Agence des services frontaliers) (C.A.F.), Angang Steel Company Limited c. . . .	179
Canada (Cabinet du juge militaire en chef) (C.F.), Canada (Directeur des poursuites militaires) c.	411
Canada (C.A.F.), Banque Toronto-Dominion c.	201
Canada (C.A.F.), Loblaw Financial Holdings Inc. c.	481
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Gomes c.	292
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kljajic (C.F.)	317
Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Cabinet du juge militaire en chef) (C.F.)	411
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Groupe Maison Candiac Inc. c.	645
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Première Nation Coldwater c.	3
Canada (Procureur général) c. Démocratie en surveillance (C.A.F.)	623
Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (C.A.F.) . . .	231
Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») (C.A.F.), Université York c.	515
Compagnie des Chemins de Fer Nationaux du Canada c. BNSF Railway Company (C.A.F.)	124
D	
Démocratie en surveillance (C.A.F.), Canada (Procureur général) c.	623

	PAGE
G	
Gomes c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	292
Goodman c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	143
Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	645
K	
Kljajic (C.F.), Canada (Citoyenneté et Immigration) c.	317
L	
Loblaw Financial Holdings Inc. c. Canada (C.A.F.)	481
N	
Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (C.A.F.), Canada (Procureur général) c.	231
P	
Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	3
U	
Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») (C.A.F.)	515

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
ABORIGINAL PEOPLES	
Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 FCA 63)	231
Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General) (A-324-19 (lead file), A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2020 FCA 34)	3
ADMINISTRATIVE LAW	
Judicial Review	
<i>Standard of Review</i>	
Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General) (A-324-19 (lead file), A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2020 FCA 34)	3
ANTI-DUMPING	
Angang Steel Company Limited v. Canada (Border Services Agency) (A-86-19, 2020 FCA 67)	179
ARMED FORCES	
Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Office of the Chief Military Judge) (T-1151-19, 2020 FC 330)	411
Logan v. Canada (T-1358-18, 2020 FC 404)	D-5
BILL OF RIGHTS	
Goodman v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (IMM-1508-18, 2019 FC 1569)	143
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION	
Exclusion and Removal	
<i>Inadmissible Persons</i>	
Reyes Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-1773-19, IMM-2874-19, 2020 FC 66)	99
Zeng v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-6508-18, 2019 FC 1586)	D-1

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**Status in Canada***Citizens*

Canada (Citizenship and Immigration) v. Kljajic (T-1336-17, 2020 FC 570). 317

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Gomes v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-2283-19, 2020 FC 506) 292

Permanent Residents

Goodman v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (IMM-1508-18, 2019 FC 1569). 143

Sponsorship

Sendwa v. Canada (Citizenship and Immigration) (A-384-18, 2019 FCA 314) D-6

Persons with Temporary Status

Wang c. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-2037-19, 2020 FC 262) D-6

Dependent child

Huang v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-4081-18, 2019 FC 1620) D-2

CONSTITUTIONAL LAW**Aboriginal and Treaty Rights**

Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 FCA 63) 231

Distribution of Powers

Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 FCA 63) 231
 Groupe Maison Cadiac Inc. v. Canada (Attorney General) (A-279-18, 2020 CAF 88) 645

COPYRIGHT**Infringement**

York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”) (A-259-17, 2020 FCA 77) 515

COPYRIGHT—Concluded

Practice

Bell Media Inc. v. Gold TV.Biz (T-1169-19, 2019 FC 1432). D-2

Tariffs

York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (“Access
Copyright”) (A-259-17, 2020 FCA 77) 515

CUSTOMS AND EXCISE

Excise Tax Act

Toronto-Dominion Bank v. Canada (A-183-18, 2020 FCA 80). 201

ENVIRONMENT

Gray v. Canada (Attorney General) (T-1252-17, 2019 FC 1553) D-4

Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General) (A-279-18, 2020
FCA 88) 645

Taseko Mines Limines v. Canada (Environment) (A-6-18, 2019 FCA 320). D-3

ETHICS

Canada (Attorney General) v. Democracy Watch (A-159-19, 2020 FCA 69). 623

EVIDENCE

Canada (Citizenship and Immigration) v. Kljajic (T-1336-17, 2020 FC 570). 317

FEDERAL COURT JURISDICTION

Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Office of the Chief
Military Judge) (T-1151-19, 2020 FC 330) 411

INCOME TAX

Income Calculation

Barejo Holdings ULC v. Canada (A-335-18, 2020 FCA 47). 249

Loblaw Financial Holdings Inc. v. Canada (A-321-18, 2020 FCA 79). 481

Non-Residents

Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (A-315-18, 2020 FCA 43) D-7

JUDGES AND COURTS

Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Office of the Chief
Military Judge) (T-1151-19, 2020 FC 330) 411

	PAGE
PATENTS	
Practice	
Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company (A-92-19, 2020 FCA 45)	124
PENITENTIARIES	
Inmate income	
Johnston v. Canada (Attorney General) (T-2038-18, 2020 FC 352)	D-8
PENSIONS	
Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 FCA 63)	231
PRACTICE	
Prothonotaries	
Latham v. Canada (T-1921-18, 2020 FC 239)	D-8

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
ANTIDUMPING	
Angang Steel Company Limited c. Canada (Agence des services frontaliers) (A-86-19, 2020 CAF 67)	179
BREVETS	
Pratique	
Compagnie des Chemins de Fer Nationaux du Canada c. BNSF Railway Company (A-92-19, 2020 CAF 45)	124
CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION	
Exclusion et renvoi	
<i>Personnes interdites de territoire</i>	
Reyes Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-1773-19, IMM-2874-19, 2020 CF 66)	99
Zeng c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-6508-18, 2019 CF 1586)	F-1
Statut au Canada	
<i>Citoyens</i>	
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kljajic (T-1336-17, 2020 CF 570) . . .	317
<i>Personnes ayant un statut temporaire</i>	
Wang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-2037-19, 2020 CF 262) . . .	F-7
<i>Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger</i>	
Gomes c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-2283-19, 2020 CF 506) . . .	292
<i>Résidents permanents</i>	
Goodman c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (IMM-1508-18, 2019 CF 1569)	143

	PAGE
CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin	
Enfant à charge	
Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-4081-18, 2019 CF 1620)	F-2
Parrainage	
Sendwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (A-384-18, 2019 CAF 314) . . .	F-8
COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE	
Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Cabinet du juge militaire en chef) (T-1151-19, 2020 CF 330)	411
DÉCLARATION DES DROITS	
Goodman c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (IMM-1508-18, 2019 CF 1569)	143
DOUANES ET ACCISE	
Loi sur la taxe d'accise	
Banque Toronto-Dominion c. Canada (A-183-18, 2020 CAF 80)	201
DROIT ADMINISTRATIF	
Contrôle judiciaire	
<i>Norme de contrôle</i>	
Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général) (A-324-19 (dossier principal), A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2020 CAF 34)	3
DROIT CONSTITUTIONNEL	
Droits ancestraux ou issus de traités	
Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 CAF 63)	231
Partage des pouvoirs	
Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 CAF 63)	231
Groupe Maison Cadiac Inc. c. Canada (Procureur général) (A-279-18, 2020 CAF 88)	645
DROIT D'AUTEUR	
Pratique	
Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz (T-1169-19, 2019 CF 1432)	F-3

DROIT D'AUTEUR—Fin**Violation**

Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») (A-259-17, 2020 CAF 77)	515
---	-----

Tarifs

Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») (A-259-17, 2020 CAF 77)	515
---	-----

ENVIRONNEMENT

Gray c. Canada (Procureur général) (T-1252-17, 2019 CF 1553)	F-5
Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général) (A-279-18, 2020 CAF 88)	645
Taseko Mines Limited c. Canada (Environnement) (A-6-18, 2019 CAF 320)	F-4

ÉTHIQUE

Canada (Procureur général) c. Démocratie en surveillance (A-159-19, 2020 CAF 69)	623
--	-----

FORCES ARMÉES

Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Cabinet du juge militaire en chef) (T-1151-19, 2020 CF 330).	411
--	-----

Sécurité du revenu

Logan c. Canada (T-1358-18, 2020 CF 404)	F-9
--	-----

IMPÔT SUR LE REVENU**Calcul du revenu**

Barejo Holdings ULC c. Canada (A-335-18, 2020 CAF 47).	249
Loblaw Financial Holdings Inc. c. Canada (A-321-18, 2020 CAF 79).	481

Non-résidents

Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (A-315-18, 2020 CAF 43)	F-10
---	------

JUGES ET TRIBUNAUX

Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Cabinet du juge militaire en chef) (T-1151-19, 2020 CF 330).	411
--	-----

PÉNITENCIERS**Revenu de détenu**

Johnston c. Canada (Procureur general) (T-2038-18, 2020 CF 352).	F-10
--	------

	PAGE
PENSIONS	
Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 CAF 63)	231
PEUPLES AUTOCHTONES	
Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (A-417-18, 2020 CAF 63)	231
Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général) (A-324-19 (dossier principal), A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2020 CAF 34)	3
PRATIQUE	
Protonotaires	
Latham c. Canada (T-1921-18, 2020 CF 239)	F-11
PREUVE	
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kljajic (T-1336-17, 2020 CF 570) . . .	317

**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (F.C.A.), Canada v.	D-7
B	
Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz (F.C.)	D-2
C	
Canada (Attorney General) (F.C.), Gray v.	D-4
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Huang v.	D-2
Canada (Attorney General) (F.C.), Johnston v.	D-8
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Wang v.	D-6
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Zeng v.	D-1
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.), Sendwa v.	D-6
Canada (Environment) (F.C.A.), Taseko Mines Limited v.	D-3
Canada (F.C.), Latham v.	D-8
Canada (F.C.), Logan v.	D-5
Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (F.C.A.)	D-7
G	
GoldTV.Biz (F.C.), Bell Media Inc. v.	D-2
Gray v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-4
H	
Huang v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-2
J	
Johnston v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-8
L	
Latham v. Canada (F.C.)	D-8
Logan v. Canada (F.C.)	D-5

	PAGE
S	
Sendwa v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.)	D-6
T	
Taseko Mines Limited v. Canada (Environment) (F.C.A.)	D-3
W	
Wang v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-6
Z	
Zeng v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-1

**TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME**

	PAGE
A	
Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (C.A.F.), Canada c.	F-10
B	
Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz (C.F.).....	F-2
C	
Canada (C.F.), Latham c.	F-11
Canada (C.F.), Logan c.	F-9
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.), Sendwa c.	F-8
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Huang c.	F-2
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Wang c.	F-7
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Zeng c.	F-1
Canada (Environnement) (C.A.F.), Taseko Mines Limited c.	F-3
Canada (Procureur général) (C.F.), Gray c.	F-4
Canada (Procureur général) (C.F.), Johnston c.	F-10
Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (C.A.F.)	F-10
G	
GoldTV.Biz (C.F.), Bell Média Inc. c.	F-2
Gray c. Canada (Procureur général) (C.F.).....	F-4
H	
Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.).....	F-2
J	
Johnston c. Canada (Procureur général) (C.F.).....	F-10
L	
Latham c. Canada (C.F.)	F-11
Logan c. Canada (C.F.).....	F-9

	PAGE
S	
Sendwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.)	F-8
T	
Taseko Mines Limited c. Canada (Environnement) (C.A.F.)	F-3
W	
Wang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-7
Z	
Zeng c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-1

CASES CITED

	PAGE
<i>9255-2504 Québec Inc. v. Canada</i> , 2020 FC 161	645
<i>AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)</i> (1998), 83 C.P.R. (3d) 428, 161 F.T.R. 15 (F.C.T.D.), affd [2000] 3 F.C. 360 (C.A.)	124
<i>Adler v. Ontario</i> , [1996] 3 S.C.R. 609, (1996), 140 D.L.R. (4th) 385	231
<i>Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	143, 231, 645
<i>Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)</i> , 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722.	3
<i>Air Canada c. Canada (Procureure générale)</i> , [2003] R.J.Q. 322, (2003), 222 D.L.R. (4th) 385 (C.A.)	143
<i>Air Canada v. Toronto Port Authority</i> , 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605	623
<i>Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345	515
<i>Ali v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 396	292
<i>Al-Naib v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 723, 43 Imm. L.R. (4th) 235	317
<i>Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1994] 1 F.C. 742, [1993] F.C.J. No. 1098 (QL) (C.A.)	411
<i>Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.</i> , 2008 FCA 394.	411
<i>Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 FCA 22, 428 N.R. 297	231, 411
<i>Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, [1980] S.C.J. No. 99 (QL).	645
<i>Awed v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 469, 46 Admin. L.R. (4th) 233. . .	99
<i>B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)</i> , [1988] 2 S.C.R. 214, 1988 CanLII 3.	411
<i>Backman v. Canada</i> , 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367.	249
<i>Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 1999 CanLII 699	3, 143, 292
<i>Barejo Holdings ULC v. The Queen</i> , 2015 TCC 274, [2015] D.T.C. 1216, affd 2016 FCA 304, [2016] D.T.C. 5139.	249
<i>Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation</i> , 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 . . .	3
<i>Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 162	292
<i>Bell Canada v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 SCC 66, 441 D.L.R. (4th) 155. . .	3
<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884.	143
<i>Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue</i> , [1949] S.C.R. 287, [1948] 4 D.L.R. 817.	481
<i>Bernard v. Canada (Revenue Agency)</i> , 2015 FCA 263, 479 N.R. 189.	231
<i>Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386 . . .	411
<i>Butterfield v. Canada (Attorney General)</i> , 2005 FC 396, 280 F.T.R. 101	231

	PAGE
<i>CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada</i> , 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213 revd on other grounds, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339	515
<i>CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada</i> , 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339	515
<i>Canada v. Cheema</i> , 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328.	249
<i>Canada v. Long Plain First Nation</i> , 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209	3
<i>Canada v. Oxford Properties Group Inc.</i> , 2018 FCA 30, [2018] 4 F.C.R. 3, [2018] 6 C.T.C. 1.	481
<i>Canada v. Raposo</i> , 2019 FCA 208	645
<i>Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society</i> , 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	231
<i>Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.</i> , 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585 . . .	411
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Davoodabadi</i> , 2019 FC 350.	292
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Halindintwali</i> , 2015 FC 390, 34 Imm. L.R. (4th) 182	317
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa</i> , 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	3, 99, 411
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Odynsky</i> , 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1, [2001] F.C.J. No. 286 (QL)	317
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Rogan</i> , 2011 FC 1007, 396 F.T.R. 47. . .	317
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Rubuga</i> , 2015 FC 1073	317
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Savic</i> , 2014 FC 523, [2015] 3 F.C.R. 209 . . .	317
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh</i> , 2016 FCA 300, [2017] 3 F.C.R. 263 . . .	231
<i>Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 S.C.R. 626, 1998 CanLII 818	411
<i>Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge)</i> , 2007 FCA 390. . .	411
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam</i> , [2001] 2 F.C. 337, (2001), 196 D.L.R. (4th) 497, [2001] F.C.J. No. 25 (QL) (C.A.)	317
<i>Canada (Minister Citizenship and Immigration) v. Kassab</i> , 2020 FCA 10, 441 D.L.R. (4th) 369	317
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Schneeberger</i> , 2003 FC 970, [2004] 1 F.C.R. 280	317
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seifert</i> , 2007 FC 1165, 54 C.R. (6th) 125	317
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov</i> , 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1, 59 Admin. L.R. (6th) 1	3, 99, 231, 249, 292, 411, 645
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli</i> , [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289.	143
<i>Canada Post Corp v. Canadian Union of Postal Workers</i> , 2019 SCC 67, 44 D.L.R. (4th) 269.	3, 292
<i>Canada (Prime Minister) v. Khadr</i> , 2010 SCC 3, [2010] 2 S.C.R. 44	143
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Gebrewold</i> , 2018 FC 374. . .	292
<i>Canada (Society of Composers, Authors and Music Publishers) v. Bano Inc. (Green Bean Java Bistro)</i> , 2019 FC 1011	515
<i>Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada</i> , 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601	179, 249, 481
<i>Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.</i> , 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615	515
<i>Canadian Copyright Licensing Agency v. Apex Copy Centre</i> , 2006 FC 470, 290 F.T.R. 236.	515
<i>Canadian Copyright Licensing Agency v. U-Compute</i> , 2005 FC 1644, 284 F.T.R. 116. . . .	515
<i>Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Three Cent Copy Centre Ltd.</i> , 2012 FC 866	515

	PAGE
<i>Canadian National Railway Company v. Western Canadian Coal Corporation</i> , 2007 FC 371, 309 F.T.R. 286.	143
<i>Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Saskatchewan et al.</i> , [1980] 1 S.C.R. 433, (1980), 107 D.L.R. (3d) 1	481
<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	645
<i>Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)</i> , 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 . . .	3
<i>Centre Québécois du droit de l'environnement v. Canada (Environment)</i> , 2015 FC 773, 98 Admin. L.R. (5th) 233.	645
<i>Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379 . . .	201
<i>Chaoulli v. Quebec (Attorney General)</i> , 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791.	231
<i>Chevron Corp. v. Yaiguaje</i> , 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69.	481
<i>Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.</i> , 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099	3
<i>Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.</i> , 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069. . .	3
<i>Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.</i> , [1978] 1 S.C.R. 369, 1976 CanLII 2	411
<i>Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Limited v. Sandholm Holdings Limited et al.</i> , [1955] Ex. C.R. 244, (1955), 24 C.P.R. 58	515
<i>Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters</i> , 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407.	231
<i>Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com.</i> , [1979] 1 S.C.R. 754, (1978), 93 D.L.R. (3d) 641	231
<i>Copthorne Holdings Ltd. v. Canada</i> , 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721	481
<i>Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153.	99
<i>Cruz v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 22.	292
<i>Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.</i> , [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 175 N.R. 1 . . .	124
<i>de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655	143
<i>Delios v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FCA 117, 472 N.R. 171	231
<i>Democracy Watch v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 194, 428 D.L.R. (4th) 739.	623
<i>Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner</i> , 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149.	623
<i>Denis v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 1182	292
<i>Diewold v. Diewold</i> , [1941] S.C.R. 35, [1941] 1 D.L.R. 561.	249
<i>Doré v. Barreau du Québec</i> , 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.	3, 411
<i>dTechs EPM Ltd. v. British Columbia Hydro & Power Authority</i> , 2019 FC 539, 305 A.C.W.S. (3d) 161.	124
<i>Duke v. The Queen</i> , [1972] S.C.R. 917, (1972), 28 D.L.R. (3d) 129	143
<i>Dunsmuir v. New Brunswick</i> , 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	99, 292, 411, 645
<i>Durango v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 146	317
<i>El-Alloul v. Procureure générale du Québec</i> , 2018 QCCA 1611	411
<i>Eldridge v. British Columbia (Attorney General)</i> , [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577.	231
<i>Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.</i> , [1998] 2 S.C.R. 129, 1998 CanLII 791	515
<i>Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.</i> , 2012 QCCA 1348.	411
<i>Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)</i> , 2008 LNCNEB 10 (QL).	3
<i>Equizabal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1994] 3 F.C. 514, [1994] F.C.J. No. 897 (QL) (C.A.)	317
<i>Essar Steel Algoma Inc. v. Jindal Steel and Power Limited</i> , 2017 FCA 166	515
<i>Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.</i> , 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20	515

	PAGE
<i>Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 . . .	317
<i>Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 1453, 282 F.T.R. 238.	317
<i>First Vancouver Finance v. M.N.R.</i> , 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720	201
<i>Forsyth v. Canada (Attorney General)</i> , 2002 FCT 643, [2003] 1 F.C. 96	411
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1, [1992] S.C.J. No. 1 (QL)	645
<i>Galusic v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2020 FC 223 . . .	292
<i>Gerbro Holdings Company v. Canada</i> , 2016 TCC 173, [2016] D.T.C. 1165, affd 2018 FCA 197.	249
<i>Gil Luces v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2019 FC 1200. . .	317
<i>Girouard v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FC 1282, [2020] 2 F.C.R. 199	411
<i>Gitxaala Nation v. Canada</i> , 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418	3
<i>Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)</i> , 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238 . .	231
<i>Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FC 430, Roussel J.A., order dated April 28, 2017, affd 2017 FCA 216	645
<i>Habeeb v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2011 FC 253, 387 F.T.R. 57 . . .	317
<i>Hadhiri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 1284	317
<i>Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)</i> , 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	3
<i>Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)</i> , 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1.	3
<i>Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)</i> , 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364	3
<i>Hameed v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2015 FC 1353, 38 Imm. L.R. (4th) 278, [2015] F.C.J. No. 1488 (QL)	143
<i>Harelkin v. University of Regina</i> , [1979] 2 S.C.R. 561, 1979 CanLII 18	411
<i>Hassanzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 902, [2005] 4 F.C.R. 430	143
<i>Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2017 FC 473, [2017] 4 F.C.R. 555	143
<i>Heffer v. Kokatt</i> , 1918 CanLII 154, 42 D.L.R. 322 (Sask. C.A.)	249
<i>Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3	99
<i>Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall</i> , 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750	411
<i>Housen v. Nikolaisen</i> , 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. 124, 249, 481, 515	292
<i>Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157 . . .	292
<i>i Trade Finance Inc. v. Bank of Montréal</i> , 2011 SCC 26, [2011] 2 S.C.R. 360	201
<i>Ignace v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 239	3
<i>Ignace v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 266	3
<i>Innu Matimekush-Lac John Nation Council v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ)</i> , 2017 FCA 212.	231
<i>Inverhuron & District Ratepayers Ass. v. Canada (Minister of The Environment)</i> , 2001 FCA 203, 273 N.R. 62	3
<i>Irving Oil Ltd. et al. v. Provincial Secretary of New Brunswick</i> , [1980] 1 S.C.R. 787, (1980), 29 N.B.R. (2d) 529, [1980] S.C.J. No. 23 (QL)	645
<i>Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488	623
<i>J.D. McArthur Co. Ltd. v. Alberta & G.W. Ry. Co.</i> , [1924] 2 D.L.R. 118, (1924), 20 Alta. L.R. 174 (App. Div.)	249

	PAGE
<i>JFE Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada</i> , 2018 FCA 111, [2018] F.C.J. No. 705 (QL)	179
<i>Juman v. Doucette</i> , 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157	124
<i>Kanagendren v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FCA 86, [2016] 1 F.C.R. 428	317
<i>Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909	143
<i>Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)</i> , 2013 SCC 64, [2013] S.C.R. 810	645
<i>Kayitankore v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 1030	292
<i>Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)</i> , 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146	645
<i>Kotai v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 233	292
<i>Kourtessis v. M.N.R.</i> , [1993] 2 S.C.R. 53, 1993 CanLII 137	411
<i>Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 310 A.C.W.S. (3d) 382	143, 292
<i>Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)</i> , 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386	3
<i>L'Espérance v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FC 19	317
<i>Live Face on Web, LCC v. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.</i> , 2017 FC 858, 283 A.C.W.S. (3d) 821	124
<i>Loblaw Financial Holdings Inc. v. The Queen</i> , 2018 TCC 263	481
<i>Lukacs v. Canada (Transportation Agency)</i> , 2016 FCA 202	411
<i>MacKeigan v. Hickman</i> , [1989] 2 S.C.R. 796	411
<i>MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson</i> , [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57	411
<i>Maple Leaf Broadcasting v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.</i> , [1954] S.C.R. 624, 1954 CanLII 62	515
<i>Mata Mazima v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 531	317
<i>Mattar v. National Dental Examining Board of Canada</i> , 2020 ONSC 403	292
<i>Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539	143
<i>Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354	99
<i>Mella v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2019 FC 1587	317
<i>Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771</i> , 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425	201
<i>Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)</i> , 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765	3
<i>Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)</i> , 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388	3
<i>MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)</i> , 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6	3
<i>Mission Institution v. Khela</i> , 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502	292
<i>Montreal Coke and Mfg. Co. Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1944] 3 D.L.R. 545, [1944] A.C. 126 (P.C.)	481
<i>Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100	317
<i>NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union</i> , 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696	231
<i>Naeem v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 1073, 271 A.C.W.S. (3d) 382	143
<i>Namdarpour v. Vahman</i> , 2019 BCCA 153, 23 B.C.L.R. (6th) 215	515

	PAGE
<i>Nassereddine v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 85, [2015] 2 F.C.R. 63	143
<i>Nevsun Resources Ltd. v. Araya</i> , 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183.	515
<i>Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)</i> , 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708	292
<i>Nishnawbe-Aski Police Service Board v. Public Service Alliance of Canada</i> , 2015 FCA 211, [2016] 2 F.C.R. 351.	231
<i>Northern Telecom v. Communications Workers</i> , [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1	231
<i>Northwestern Utilities Ltd. and al. v. Edmonton</i> , [1979] 1 S.C.R. 68	411
<i>Nova Scotia Board of Censors v. McNeil</i> , [1978] 2 S.C.R. 662, (1978), 25 N.S.R. (2d) 128	645
<i>Oberlander v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395. . .	317
<i>Oberlander v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FC 947, [2019] 1 F.C.R. 652 . . .	317
<i>Ontario v. Canadian Pacific Ltd.</i> , [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 24 O.R. (3d) 454, [1995] S.C.J. No. 62 (QL).	645
<i>Opitz v. Wrzesnewskyj</i> , 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76	249
<i>Paid Search Engine Tools, LLC v. Google Canada Corporation</i> , 2019 FC 559, 306 A.C.W.S. (3d) 831	124
<i>Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 77	292
<i>Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)</i> , 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585	231
<i>Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)</i> , 2008 FC 302, 323 F.T.R. 297.	3
<i>Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion d'Or (1981) Ltée. et al.</i> (1987), 16 F.T.R. 104, 17 C.P.R. (3d) 542 (F.C.T.D.)	515
<i>Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)</i> , 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201	3
<i>Prophet River First Nation v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FCA 15, 408 D.L.R. (4th) 165.	3
<i>Prosecutor v. Mico Stanisic and Stojan Zupljanin</i> , ICTY, Case No IT-08-91-A (30 June 2016)	317
<i>Prosecutor v. Mico Stanisic and Stojan Zupljanin</i> , ICTY, Case No. IT-08-91-T (27 March 2013)	317
<i>Prosecutor v. Momcilo Krajisnik</i> , ICTY, Case No. IT-00-39-T (27 September 2006). . .	317
<i>Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693	645
<i>Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association</i> , 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536.	645
<i>R. v. Beaulac</i> , [1999] 1 S.C.R. 768, 1999 CanLII 684	411
<i>R. v. Caron</i> , 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78.	411
<i>R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.</i> , [1988] 1 S.C.R. 401, (1988), 49 D.L.R. (4th) 161, [1988] S.C.J. No. 23 (QL).	645
<i>R. v. D.L.W.</i> , 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402	515
<i>R. v. D'Amico</i> , 2020 CM 2002 (CanLII).	411
<i>R. v. Douglas et al.</i> , 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653	3
<i>R. v. Dutil</i> , 2019 CM 3002 (CanLII).	411
<i>R. v. Edmunds</i> , 2018 CMAC 2	411
<i>R. v. G�n�reux</i> , [1992] 1 S.C.R. 259.	411
<i>R. v. Hinchey</i> , [1996] 3 S.C.R. 1128, (1996), 142 D.L.R. (4th) 50.	645
<i>R. v. Hydro-Qu�bec</i> , [1997] 3 S.C.R. 213, (1997), 151 D.L.R. (4th) 32, [1997] S.C.J. No. 76 (QL).	645

	PAGE
<i>R. v. Jordan</i> , 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631	411
<i>R. v. Leblanc</i> , 2011 CMAC	411
<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	143, 645
<i>R. v. Marshall</i> , [1999] 3 S.C.R. 533, (1999), 179 D.L.R. (4th) 193	3
<i>R. v. Master-Corporal G.C. Steeves and ex-Private K.M. Temple</i> , 2007 CM 3021 (CanLII)	411
<i>R. v. Moriarity</i> , 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485	411
<i>R. v. Nikal</i> , [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658	3
<i>R. v. Pett</i> , 2020 CM 4002 (CanLII)	411
<i>R. v. Ryan</i> , 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14	317
<i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385	3, 231
<i>R. v. Stillman</i> , 2019 SCC 4	411
<i>R. v. Summers</i> , 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575	515
<i>R. v. Thibeault</i> , 2014 CM 3022 (CanLII)	411
<i>R. v. Thiele</i> , 2016 CM 4015 (CanLII)	411
<i>R. v. Tomczyk</i> , 2012 CMAC 4	411
<i>R. v. Tremblay</i> (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711 (B.R.)	411
<i>R. v. Trépanier</i> , 2008 CMAC 3	411
<i>R. v. Zeolkowski</i> , [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 61 D.L.R. (4th) 725	249
<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1	645
<i>Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362	3
<i>Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 259 . . .	3
<i>Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1992] 2 F.C. 306, [1992] F.C.J. No. 109 (QL) (C.A.)	317
<i>Ramnarine v. The Queen</i> , [2002] 1 C.T.C. 2213, 2001 CanLII 795 (T.C.C.)	317
<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536	143
<i>Re: SemCanada Crude Company (Celtic Exploration Ltd. #2)</i> , 2012 ABQB 489 (CanLII), 546 A.R. 203	249
<i>Ref. re Remuneration of Judges of Prov. Court of PEI; Ref. re Independence & Impartiality of Judges of Prov. Court of PEI; R. v. Campbell; R. v. Ekmeccic; R. v. Wickman; Manitoba Prov. Judges Assn. v. Manitoba (Min. of Justice)</i> , [1998] 1 S.C.R. 3	411
<i>Reference re Assisted Human Reproduction Act</i> , 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457 . . .	645
<i>Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)</i> , [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297	231
<i>Reference re Firearms Act (Can.)</i> , 2000 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 783	645
<i>Reference re Securities Act</i> , 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837	645
<i>Reprographic Reproduction 2005-2009, Re</i> , 2009 CarswellNat 1930 (WLNNext Can.) . . .	515
<i>Rodriguez Martinez v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 293	292
<i>Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.</i> , [1997] 1 S.C.R. 411, (1997), 208 N.R. 161	201
<i>Rozas Del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 1145, [2019] 2 F.C.R. 597	292
<i>Rushnell v. Canada (Attorney General)</i> , 2001 FCT 199, [2001] F.C.J. No. 366 (QL) . . .	411
<i>Sadiq v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 267	292
<i>Sarwary v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 437	317
<i>Scowby v. Glendinning</i> , [1986] 2 S.C.R. 226, (1986), 32 D.L.R. (4th) 161	645
<i>Seah Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada</i> , 2017 FCA 172, [2017] F.C.J. No. 886 (QL)	179

	PAGE
<i>Seedlings Life Science Ventures LLC v. Pfizer Canada Inc.</i> , 2018 FC 443, 292 A.C.W.S. (3d) 391, revd 2018 FC 956, 159 C.P.R. (4th) 51	124
<i>Sekularac v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 381	317
<i>Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)</i> , 2007 QCCA 1335, [2007] R.J.Q. 2408 . . .	249
<i>Sganos v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 84	623
<i>Sharma v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492	143
<i>Shell Canada Ltd. v. Canada</i> , [1999] 3 S.C.R. 622, (1999), 178 D.L.R. (4th) 26 . . .	481
<i>Sherzai v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 166, 43 Imm. L.R. (4th) 332 . . .	317
<i>Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)</i> , 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, revg [2000] 4 F.C. 426, (2000), 187 D.L.R. (4th) 231 (C.A.), revg [2000] 2 F.C. 400, 179 F.T.R. 283 (T.D.)	124
<i>Siksika Health Services v. Health Sciences Association of Alberta</i> , 2019 ABCA 494, 99 Alta. L.R. (6th) 73	231
<i>Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422, [1985] S.C.J. No. 11 (QL)	143
<i>Smith v. Anderson</i> (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.)	481
<i>Société des Acadiens v. Association of Parents</i> , [1986] 1 S.C.R. 549	411
<i>Society of Composers, Authors and Music Publishers Canada v. 348803 Alberta Ltd.</i> (1997), 79 C.P.R. (3d) 449, 1997 CanLII 5389 (F.C.T.D.)	515
<i>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. 728859 Alberta Ltd.</i> , 2000 CanLII 15162, 6 C.P.R. (4th) 354 (F.C.T.D.)	515
<i>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada</i> , 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326	515
<i>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Kicks Roadhouse Inc.</i> , 2005 FC 528, 39 C.P.R. (4th) 238	515
<i>Spire Freezers Ltd. v. Canada</i> , 2001 SCC 11, [2001] 1 S.C.R. 391	249
<i>Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)</i> , 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596	3
<i>St Hilaire v. Canada (Attorney General)</i> , 2001 FCA 63, [2001] 4 F.C. 289	645
<i>Ste. Rose & District Cattle Feeders Co-op v. Geisel</i> , 2010 MBCA 52, 319 D.L.R. (4th) 694	249
<i>Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710	3
<i>Strickland v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713	411
<i>Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91	645
<i>Syndicat des agents de sécurité Garda, Section CPI-CSN v. Garda Canada Security Corporation</i> , 2011 FCA 302, 430 N.R. 84	231
<i>Taabea v. Refugee Status Advisory Committee</i> , [1980] 2 F.C. 316, (1980), 109 D.L.R. (3d) 664 (T.D.)	292
<i>Tahmourpour v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FCA 2, [2013] F.C.J. No. 11 (QL) . . .	179
<i>Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)</i> , [2004] 3 S.C.R. 550	3
<i>Tareen v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 1260, 260 A.C.W.S. (3d) 563 . . .	317
<i>Tekle v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2017 FC 1040	292
<i>Telecon Inc. v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 213</i> , 2019 FCA 244, 439 D.L.R. (4th) 558	231
<i>TELUS Communications Inc. v. Wellman</i> , 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144	623
<i>Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)</i> , 2012 SCC 23, [2012] 2 S.C.R. 3	231

CASES CITED

	xlili
	PAGE
<i>Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)</i> , [1992] 1 S.C.R. 385, (1992), 89 D.L.R. (4th) 218	249
<i>Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)</i> , 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31	411
<i>Tsilhqot'in Nation v. British Columbia</i> , 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257	3, 231
<i>Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3	3
<i>Turp v. Canada (Foreign Affairs)</i> , 2018 FC 12.	411
<i>Uniboard Surfaces Inc. v. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG</i> , 2006 FCA 398, [2007] 4 F.C.R. 101	179
<i>United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)</i> , [1992] 1 S.C.R. 901	411
<i>Valente v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 673.	411
<i>Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.</i> , [1943] S.C.R. 348, 1943 CanLII 38 . . .	515
<i>Walton v. The Queen</i> , [1999] 1 C.T.C. 2105, (1998), 98 D.T.C. 1780 (T.C.C.)	249
<i>Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)</i> , [1998] 1 S.C.R. 322, 156 D.L.R. (4th) 456	645
<i>Wewaykum Indian Band v. Canada</i> , 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259.	411
<i>William v. British Columbia (Attorney General)</i> , 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355 . . .	3
<i>Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada</i> , 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915. . .	249
<i>Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.</i> , 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770.	3
<i>Winters v. Legal Services Society</i> , [1999] 3 S.C.R. 160, (1999), 177 D.L.R. (4th) 94 . . .	249
<i>Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)</i> , 2015 FCA 148, 474 N.R. 350	3
<i>Younis v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 1157	317
<i>Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 53.	292

JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>9255-2504 Québec Inc. c. Canada</i> , 2020 CF 161	645
<i>AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)</i> , 1998 CanLII 8942 (C.F. 1 ^{re} inst.), conf. par [2000] 3 C.F. 360 (C.A.)	124
<i>Adler c. Ontario</i> , [1996] 3 R.C.S. 609, 1996 CanLII 148	231
<i>Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	143, 231, 645
<i>Air Canada c. Administration portuaire de Toronto</i> , 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605	623
<i>Air Canada c. Canada (Procureure générale)</i> , [2003] R.J.Q. 322, (2003), 222 D.L.R. (4th) 385 (C.A.)	143
<i>Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345	515
<i>Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 396	292
<i>Al-Naib c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 723	317
<i>Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , [1994] 1 C.F. 742, [1993] A.C.F. n° 1098 (QL) (C.A.)	411
<i>Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis Canada Inc.</i> , 2008 FCA 394	411
<i>Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 CAF 22	231, 411
<i>Awed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2006 CF 469	99
<i>B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)</i> , [1988] 2 R.C.S. 214, 1988 CanLII 3	411
<i>Backman c. Canada</i> , 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367	249
<i>Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1999] 2 R.C.S. 817	143, 292
<i>Bande indienne de Squamish (La) c. Canada (Pêches et Océans)</i> , 2019 CAF 216	3
<i>Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entre- prises, du Tourisme et de la Culture)</i> , 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146	645
<i>Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta</i> , 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	645
<i>Banque royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.</i> , [1997] 1 R.C.S. 411	201
<i>Barejo Holdings ULC c. La Reine</i> , 2015 CCI 274, conf. par 2016 CAF 304	249
<i>Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks</i> , 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103	3
<i>Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 162	292
<i>Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone</i> , 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884	143
<i>Bell Canada c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CSC 66	3
<i>Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue</i> , [1949] R.C.S. 287	481
<i>Bernard c. Canada (Agence du revenu)</i> , 2015 CAF 263	231
<i>Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386	411
<i>Butterfield c. Canada (Procureur général)</i> , 2005 CF 396	231
<i>CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada</i> , 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, inf. pour d'autres motifs, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339	515

	PAGE
<i>CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada</i> , 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339	515
<i>Canada c. Cheema</i> , 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328	249
<i>Canada c. Oxford Properties Group Inc.</i> , 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3	481
<i>Canada c. Première nation de Long Plain</i> , 2015 CAF 177, [2015] A.C.F. n° 961 (QL)	3
<i>Canada c. Raposo</i> , 2019 CAF 208	645
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa</i> , 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	3, 99, 411
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Odynsky</i> , 2001 CFPI 138, [2001] A.C.F. n° 286 (QL)	317
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Rogan</i> , 2011 CF 1007	317
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Rubuga</i> , 2015 CF 1073	317
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Savic</i> , 2014 CF 523, [2015] 3 R.C.F. 209	317
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh</i> , 2016 CAF 300, [2017] 3 R.C.F. 263	231
<i>Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818	411
<i>Canada (Directrice des poursuites militaires) c. Canada (Juge militaire en chef)</i> , 2007 CAF 390	411
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam</i> , [2001] 2 C.F. 337, [2001] A.C.F. n° 25 (QL) (C.A.)	317
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Schneeberger</i> , 2003 CF 970, [2004] 1 R.C.F. 280	317
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seifert</i> , 2007 CF 1165	317
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov</i> , 2019 CSC 65	3, 99, 231, 249, 292, 411, 645
<i>Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli</i> , [1992] 1 R.C.S. 711	143
<i>Canada (Premier ministre) c. Khadr</i> , 2010 CSC 3, [2010] 2 R.C.S. 44	143
<i>Canada (Procureur général) c. Boogaard</i> , 2015 CAF 150, [2015] A.C.F. n° 775 (QL)	3, 231
<i>Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada</i> , 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401	143
<i>Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society</i> , 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	231
<i>Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.</i> , 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585	411
<i>Canada (Procureure générale) c. Banque nationale du Canada</i> , 2004 CAF 92	201
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Gebrewold</i> , 2018 CF 374	292
<i>Canada (Society of Composers, Authors and Music Publishers) c. Bano Inc. (Green Bean Java Bistro)</i> , 2019 CF 1011	515
<i>Canadian Copyright Licensing Agency c. Apex Copy Centre</i> , 2006 CF 470, [2006] A.C.F. n° 575 (QL)	515
<i>Canadian Copyright Licensing Agency c. U-Compute</i> , 2005 CF 1644, [2005] A.C.F. n° 2030 (QL)	515
<i>Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Three Cent Copy Centre Ltd.</i> , 2012 CF 866, [2012] A.C.F. n° 1073 (QL)	515
<i>Canadian Pioneer Management Ltd. et al. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres.</i> , [1980] 1 R.C.S. 433	481
<i>Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)</i> , 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5	3
<i>Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement)</i> , 2015 CF 773	645
<i>Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379	201
<i>Chaoulli c. Québec (Procureur général)</i> , 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791	231

	PAGE
<i>Chevron Corp. c. Yaiguaje</i> , 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69	481
<i>Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.</i> , 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099	3
<i>Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.</i> , 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069	3
<i>Commission des services policiers de Nishnawbe-Aski c. Alliance de la fonction publique du Canada</i> , 2015 CAF 211, [2016] 2 R.C.F. 351	231
<i>Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie</i> , [1978] 1 R.C.S. 369, 1976 CanLII 2	411
<i>Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Western Canadian Coal Corporation</i> , 2007 CF 371	143
<i>Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Limited v. Sandholm Holdings Limited et al.</i> , [1955] R.C. de l'É. 244, (1955), 24 C.P.R. 58	515
<i>Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du nord québécois (CSQ)</i> , 2017 CAF 212	231
<i>Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters</i> , 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407	231
<i>Construction Montcalm Inc. c. Com. Sal. Min.</i> , [1979] 1 R.C.S. 754, 1978 CanLII 18 . . .	231
<i>Copthorne Holdings Ltd. c. Canada</i> , 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721	481
<i>Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CF 782 . . .	99
<i>Cruz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 22	292
<i>Dagenais c. Société Radio-Canada</i> , [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39	124
<i>de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655	143
<i>Delios c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CAF 117	231
<i>Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 194	623
<i>Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique</i> , 2009 CAF 15	623
<i>Denis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 1182	292
<i>Diewold v. Diewold</i> , [1941] R.C.S. 35	249
<i>Doré c. Barreau du Québec</i> , 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395	3, 411
<i>dTechs EPM Ltd. c. British Columbia Hydro & Power Authority</i> , 2019 CF 539 . . .	124
<i>Duke c. La Reine</i> , [1972] R.C.S. 917	143
<i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i> , 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	99, 292, 411, 645
<i>Durango c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 146	317
<i>El-Alloul c. Procureure générale du Québec</i> , 2018 QCCA 1611	411
<i>Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)</i> , [1997] 3 R.C.S. 624, 1997 CanLII 327	231
<i>Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.</i> , [1998] 2 R.C.S. 129, 1998 CanLII 791	515
<i>Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.</i> , 2012 QCCA 1348	411
<i>Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)</i> , 2008 LNCONE 10 (QL)	3
<i>Equizabal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1994] 3 C.F. 514, [1994] A.C.F. n° 897 (QL) (C.A.)	317
<i>Essar Steel Algoma Inc. c. Jindal Steel and Power Limited</i> , 2017 CAF 166	515
<i>Établissement de Mission c. Khela</i> , 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502	292
<i>Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.</i> , 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20	515
<i>Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 . . .	317
<i>Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 1453 . . .	317
<i>First Vancouver Finance c. M.R.N.</i> , 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720	201
<i>Forsyth c. Canada (Procureur général)</i> , 2002 CFPI 643, [2003] 1 C.F. 96	411
<i>Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)</i> , [1992] 1 R.C.S. 3, [1992] A.C.S. n° 1 (QL)	645

	PAGE
<i>Galusic c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2020 CF 223	292
<i>Gerbro Holdings Company c. La Reine</i> , 2016 CCI 173, conf. par 2018 CAF 197 . . .	249
<i>Gil Luces c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2019 CF 1200	317
<i>Girouard c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CF 1282, [2020] 2 R.C.F. 199 . . .	411
<i>Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i> , 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238	231
<i>Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CF 430, la juge Roussel, J.C.A., ordonnance en date du 28 avril 2017, conf. par 2017 CAF 216.	645
<i>Habeeb c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2011 CF 253	317
<i>Hadhiri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 1284	317
<i>Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)</i> , 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1	3
<i>Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)</i> , 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364	3
<i>Hameed c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2015 CF 1353, [2015] A.C.F. n° 1488 (QL)	143
<i>Harelkin c. Université de Regina</i> , [1979] 2 R.C.S. 561, 1979 CanLII 18	411
<i>Hassanzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 902, [2005] 4 R.C.F. 430	143
<i>Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2017 CF 473, [2017] 4 R.C.F. 555	143
<i>Heffer v. Kokatt</i> , 1918 CanLII 154, 42 D.L.R. 322 (C.A. Sask.)	249
<i>Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3	99
<i>Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall</i> , 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750	411
<i>Housen c. Nikolaisen</i> , 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 124, 249, 481, 515	
<i>Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157 . . .	292
<i>Hypothèques Trustco Canada c. Canada</i> , 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 . . . 179, 249 481	
<i>i Trade Finance Inc. c. Banque de Montréal</i> , 2011 CSC 26, [2011] 2 R.C.S. 360 . . .	201
<i>Ignace c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 239	3
<i>Ignace c. Procureur général</i> , 2019 CAF 266	3
<i>Inverhuron & District Ratepayers Ass. c. Canada (Ministre de l'Environnement)</i> , 2001 CAF 203	3
<i>Irving Oil Ltd. et autres c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick</i> , [1980] 1 R.C.S. 787, (1980), 29 R.N.-B. (2 ^e) 529, [1980] A.C.S. n° 23 (QL)	645
<i>Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488	623
<i>J.D. McArthur Co. Ltd. v. Alberta & G.W. Ry. Co.</i> , [1924] 2 D.L.R. 118, (1924), 20 Alta. L.R. 174 (Div. app.)	249
<i>JFE Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada</i> , 2018 CAF 111, [2018] A.C.F. n° 705 (QL)	179
<i>Juman c. Doucette</i> , 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157.	124
<i>Kanagendren c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CAF 86, [2016] 1 R.C.F. 428	317
<i>Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909	143
<i>Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)</i> , 2013 CSC 64, [2013] R.C.S. 810	645
<i>Kayitankore c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 1030.	292
<i>Kotai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 233	292

	PAGE
<i>Kourtessis c. M.R.N.</i> , 1993 CanLII 137, [1993] 2 R.C.S. 53	411
<i>Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299	143, 292
<i>Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)</i> , 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386	3
<i>L'Espérance c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CF 19.	317
<i>Live Face on Web, LCC c. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.</i> , 2017 CF 858. . .	124
<i>Loblaw Financial Holdings Inc. c. La Reine</i> , 2018 CCI 263	481
<i>Lukacs c. Canada (Office des transports)</i> , 2016 CAF 202.	411
<i>MacKeigan c. Hickman</i> , [1989] 2 R.C.S. 796	411
<i>MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson</i> , [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57	411
<i>Maple Leaf Broadcasting v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.</i> , [1954] R.C.S. 624	515
<i>Mata Mazima c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 531	317
<i>Mattar v. National Dental Examining Board of Canada</i> , 2020 ONSC 403	292
<i>Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539	143
<i>Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354	99
<i>Mella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2019 CF 1587	317
<i>Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771</i> , 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425. . . .	201
<i>Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)</i> , 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765.	3
<i>Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)</i> , 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6. . .	3
<i>Montreal Coke and Mfg. Co. Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1944] 3 D.L.R. 545, [1944] A.C. 126 (P.C.)	481
<i>Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100.	317
<i>NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union</i> , 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696	231
<i>Naeem c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 1073	143
<i>Namdarpour v. Vahman</i> , 2019 BCCA 153, 23 B.C.L.R. (6th) 215.	515
<i>Nassereddine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 85, [2015] 2 R.C.F. 63 . . .	143
<i>Nation Gitxaala c. Canada</i> , 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418	3
<i>Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)</i> , 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511.	3
<i>Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique</i> , 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257 . . .	3, 231
<i>Nevsun Resources Ltd. c. Araya</i> , 2020 CSC 5	515
<i>Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)</i> , 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.	292
<i>Northern Telecom c. Travailleurs en communication</i> , [1980] 1 R.C.S. 115, 1979 CanLII 3.	231
<i>Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton</i> , [1979] 1 R.C.S. 684.	411
<i>Nova Scotia Board of Censors c. McNeil</i> , [1978] 2 R.C.S. 662	645
<i>Oberlander c. Canada (Procureur général)</i> , 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395. . .	317
<i>Oberlander c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CF 947, [2019] 1 R.C.F. 652 . . .	317
<i>Ontario c. Canadien Pacifique Ltée</i> , [1995] 2 R.C.S. 1031, [1995] A.C.S. n° 62 (QL) . . .	645
<i>Opitz c. Wrzesnewskij</i> , 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76.	249
<i>Paid Search Engine Tools, LLC c. Google Canada Corporation</i> , 2019 CF 559 . . .	124
<i>Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 77	292

	PAGE
<i>Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)</i> , 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585	231
<i>Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)</i> , 2008 CF 302, [2008] A.C.F. n° 324 (QL)	3
<i>Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)</i> , 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388	3
<i>Première Nation de Prophet c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CAF 15	3
<i>Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)</i> , 2008 CAF 212, [2008] A.C.F. n° 946 (QL)	3
<i>Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)</i> , 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550	3
<i>Première nation Yellowknives Denes c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)</i> , 2015 CAF 148, [2015] A.C.F. n° 829 (QL)	3
<i>Procureur (Le) c. Mico Stanisic et Stojan Zupljanin</i> , TPIY, affaire n° IT-08-91-T (27 mars 2013)	317
<i>Procureur (Le) c. Mico Stanisic et Stojan Zupljanin</i> , TPIY, affaire n° IT-08-91-A (30 juin 2016)	317
<i>Procureur (Le) c. Momcilo Krajisnik</i> , TPIY, affaire n° IT-00-39-T (27 septembre 2006) . . .	317
<i>Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693	645
<i>Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association</i> , 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536	645
<i>R. c. Beaulac</i> , [1999] 1 R.C.S. 768, 1999 CanLII 684	411
<i>R. c. Caporal-chef G.C. Steeves et Ex-Soldat K.M. Temple</i> , 2007 CM 3021 (CanLII) . . .	411
<i>R. c. Caron</i> , 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78	411
<i>R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.</i> , [1988] 1 R.C.S. 401, [1988] A.C.S. n° 23 (QL) . . .	645
<i>R. c. D.L.W.</i> , 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402	515
<i>R. c. Dutil</i> , 2019 CM 3002 (CanLII)	411
<i>R. c. Edmunds</i> , 2018 CACM 2	411
<i>R. c. Généreux</i> , [1992] 1 R.C.S. 259	411
<i>R. c. Hinchey</i> , [1996] 3 R.C.S. 1128	645
<i>R. c. Hydro-Québec</i> , [1997] 3 R.C.S. 213, [1997] A.C.S. n° 76 (QL)	645
<i>R. c. Jordan</i> , 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631	411
<i>R. c. Leblanc</i> , 2011 CACM 2	411
<i>R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine</i> , 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	143, 645
<i>R. c. Marshall</i> , [1999] 3 R.C.S. 533	3
<i>R. c. Moriarity</i> , 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485	411
<i>R. c. Nikal</i> , [1996] 1 R.C.S. 1013	3
<i>R. c. Pett</i> , 2020 CM 4002 (CanLII)	411
<i>R. c. Ryan</i> , 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14	317
<i>R. c. Sparrow</i> , [1990] 1 R.C.S. 1075, 1990 CanLII 104	3, 231
<i>R. c. Stillman</i> , 2019 CSC 40	411
<i>R. c. Summers</i> , 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575	515
<i>R. c. Thibeault</i> , 2014 CM 3022 (CanLII)	411
<i>R. c. Thiele</i> , 2016 CM 4015 (CanLII)	411
<i>R. c. Tomczyk</i> , 2012 CACM 4	411
<i>R. c. Trépanier</i> , 2008 CACM 3	411
<i>R. c. Zeolkowski</i> , [1989] 1 R.C.S. 1378	249
<i>R. v. D'Amico</i> , 2020 CM 2002 (CanLII)	411
<i>R. v. Douglas et al.</i> , 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653	3
<i>R. v. Tremblay</i> (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711 (B.R.)	411
<i>RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , [1995] 3 R.C.S. 199	645

<i>Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362	3
<i>Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 259 . . .	3
<i>Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1992] 2 C.F. 306, [1992] A.C.F. n° 109 (QL) (C.A.)	317
<i>Ramnarine c. La Reine</i> , 2001 CanLII 795 (C.C.I.)	317
<i>Re : SemCanada Crude Company (Celtic Exploration Ltd. #2)</i> , 2012 ABQB 489 (CanLII), 546 A.R. 203	249
<i>Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée</i> , 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457 . . .	645
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)</i> , 2000 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 783 . . .	645
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières</i> , 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837. . . .	645
<i>Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Prov. Judges Assn. C. Manitoba (Justice)</i> , [1998] 1 R.C.S. 3	411
<i>Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)</i> , [1991] 2 R.C.S. 525 . . .	231
<i>Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)</i> , [1985] 2 R.C.S. 486.	143
<i>Reproduction par reprographie 2005-2009, Re 2009 CarswellNat 1931 (WLNext Can.)</i> . . .	515
<i>Rodriguez Martinez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 293.	292
<i>Rozas Del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 1145, [2019] 2 R.C.F. 597	292
<i>Rushnell c. Canada (Procureur général)</i> , 2001 CFPI 199, [2001] A.C.F. n° 366 (QL) . . .	411
<i>Sadiq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 267	292
<i>Sarwary c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 437	317
<i>Scowby c. Glendinning</i> , [1986] 2 R.C.S. 226.	645
<i>Seah Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada</i> , 2017 CAF 172, [2017] A.C.F. n° 886 (QL)	179
<i>Seedlings Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.</i> , 2018 CF 443, inf. par 2018 CF 956	124
<i>Sekularac c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 381.	317
<i>Senza inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)</i> , 2007 QCCA 1335, [2007] R.J.Q. 2408. . . .	249
<i>Sganos c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 84.	623
<i>Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492.	143
<i>Shell Canada Ltd. c. Canada</i> , [1999] 3 R.C.S. 622	481
<i>Sherzai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 166.	317
<i>Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)</i> , 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, infirmant [2000] 4 C.F. 426, 2000 CanLII 14737 (C.A.F.), infirmant [2000] 2 C.F. 400, 1999 CanLII 8393 (1 ^{re} inst.)	124
<i>Siksika Health Services v. Health Sciences Association of Alberta</i> , 2019 ABCA 494, 99 Alta. L.R. (6th) 73.	231
<i>Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1985] 1 R.C.S. 177, [1985] A.C.S. n° 11 (QL).	143
<i>Smith v. Anderson</i> (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.)	481
<i>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. 728859 Alberta Ltd.</i> , 2000 CanLII 15162, [2000] A.C.F. n° 590 (QL) (1 ^{re} inst.)	515
<i>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada</i> , 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326.	515
<i>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. Kicks Roadhouse Inc.</i> , 2005 CF 528, [2005] A.C.F. n° 646 (QL)	515
<i>Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes</i> , 2019 CSC 67	3, 292

	PAGE
<i>Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Lion d'Or (1981) Ltée.</i> (1987), 16 F.T.R. 104, 17 C.P.R. (3d) 542 (C.F. 1 ^{re} inst.)	515
<i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i> , [1986] 1 R.C.S. 549	411
<i>Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique du Canada c. 348803 Alberta Ltd.</i> , 1997 CanLII 5389, [1997] A.C.F. n° 969 (QL) (1 ^{re} inst.)	515
<i>Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.</i> , 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615	515
<i>Spire Freezers Ltd. c. Canada</i> , 2001 CSC 11, [2001] 1 R.C.S. 391	249
<i>St Hilaire c. Canada (Procureur général)</i> , 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289	645
<i>Ste. Rose & District Cattle Feeders Co-op v. Geisel</i> , 2010 MBCA 52, 319 D.L.R. (4th) 694.	249
<i>Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CAF 299	3
<i>Strickland c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713	411
<i>Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CAF 160	645
<i>Syndicat des agents de sécurité Garda, Section CPI-CSN c. Corporation de sécurité Garda Canada</i> , 2011 CAF 302	231
<i>Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié</i> , [1980] 2 C.F. 316 (1 ^{re} inst.)	292
<i>Tahmourpour c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CAF 2, [2013] A.C.F. n° 11 (QL)	179
<i>Tareen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 1260	317
<i>Tekle c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2017 CF 1040	292
<i>Telecon Inc. c. Fraternité internationale des ouvriers en électricité (section lo- cale 213)</i> , 2019 CAF 244.	231
<i>TELUS Communications Inc. v. Wellman</i> , 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144	623
<i>Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)</i> , 2012 CSC 23, [2012] 2 R.C.S. 3.	231
<i>Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)</i> , [1992] 1 R.C.S. 385, 1992 CanLII 121.	249
<i>Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)</i> , 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31	411
<i>Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3	3
<i>Turp c. Canada (Affaires étrangères)</i> , 2018 CF 12.	411
<i>Uniboard Surfaces Inc. c. Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG</i> , 2006 CAF 398, [2007] 4 R.C.F. 101	179
<i>United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)</i> , [1992] 1 R.C.S. 901	411
<i>Valente c. La Reine</i> , [1985] 2 R.C.S. 673	411
<i>Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.</i> , [1943] R.C.S. 348	515
<i>Walton c. La Reine</i> , 1998 CanLII 556 (C.C.I.)	249
<i>Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)</i> , [1998] 1 R.C.S. 322	645
<i>Wewaykum Indian Band c. Canada</i> , 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259.	411
<i>William v. British Columbia (Attorney General)</i> , 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355.	3
<i>Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada</i> , 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915	249
<i>Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée</i> , 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770	3
<i>Winters c. Legal Services Society</i> , [1999] 3 R.C.S. 160	249
<i>Younis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 1157	317
<i>Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 53	292

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
CANADA			
Access to Information Act , R.S.C., 1985, c. A-1		An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act , S.C. 2008, c. 29	
s. 30(1)	623	— — —	411
An Act to amend the Citizenship Act and to make consequential amendments to another Act , S.C. 2017, c. 14		Assisted Human Reproduction Act , S.C. 2004, c. 2	
s. 19.1(2)	317	— — —	645
An Act to amend The Copyright Amendment Act , 1931 S.C. 1935, c. 8		Bank Act , S.C. 1991, c. 46	
— — —	515	— — —	201
An Act to amend The Copyright Amendment Act , 1931, S.C. 1936, c. 28		Bankruptcy and Insolvency Act , R.S.C., 1985, c. B-3	
s. 10(1)	515	— — —	201, 249
s. 10(2)	515	Canada Evidence Act , R.S.C., 1985, c. C-5	
s. 10(3)	515	s. 52	317
s. 10A	515	s. 53	317
s. 10B(7)	515	Canada Pension Plan , R.S.C., 1985, c. C-8	
s. 10B(8)	515	s. 23(3)	201
s. 10B(9)	515	Canada Transportation Act , S.C. 1996, c. 10	
s. 67.1(3)	515	s. 87	515
s. 67.1(5)	515	s. 113(2)	515
s. 68(1)	515	s. 117	515
An Act to amend the Copyright Act , S.C. 1997, c. 24		s. 118	515
— — —	515	s. 119(2)	515
An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts , S.C. 1998, c. 35		s. 120.1	515
— — —	411	s. 126	515
		Canadian Bill of Rights , S.C. 1960, c. 44	
		s. 2(e)	143

	PAGE		PAGE
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]		Constitution Act—Concluded	
————	124	s. 91–95	231
s. 7	143	s. 92	645
s. 11(b)	411	s. 96	411
s. 11(d)	411	Constitution Act, 1982 , Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	
Canadian Environmental Assessment Act , S.C. 1992, c. 37		s. 35	3, 231
————	3	s. 52(1)	411
Canadian Environmental Assessment Act , 2012, S.C. 2012, c. 19		Copyright Act , R.S.C. 1970, c. C-30	
s. 52	3	s. 50(9)	515
s. 52(4)	3	Copyright Act , R.S.C., 1985, c. C-42	
Canadian Environmental Protection Act , R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16		s. 2	515
s. 34	645	s. 3	515
s. 35	645	s. 13(4)	515
Citizenship Act , R.S.C., 1985, c. C-29		s. 15	515
s. 3(2)	317	s. 18	515
s. 5(1)(c)	317	s. 19	515
s. 10.1	317	s. 21	515
s. 10.2	317	s. 29	515
s. 10.5	317	s. 29.1	515
s. 10.7	317	s. 29.2	515
Companies' Creditors Arrangement Act , R.S.C., 1985, c. C-36		s. 29.9(2)	515
s. 37	201	s. 34–38.1	515
Conflict of Interest Act , S.C. 2006, c. 9, s. 2		s. 35	515
s. 44(1)	623	s. 66.6(1)	515
s. 44(4)	623	s. 67	515
s. 45(1)	623	s. 67.1	515
Constitution Act, 1867 , 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]		s. 67.2(1)	515
s. 91(27)	645	s. 67.2(2)	515
		s. 68(4)	515
		s. 68.2	515
		s. 70(1)	515
		s. 70.1–70.4	515
		s. 70.1–70.191	515
		s. 70.11	515
		s. 71.12	515
		s. 70.13–70.19	515
		s. 70.14	515

	PAGE		PAGE
Copyright Act—Concluded		Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15	
s. 70.15.....	515	s. 221	201
s. 70.17.....	515	s. 222	201
s. 70.18.....	515	s. 317	201
s. 70.19.....	515	s. 323	201
s. 70.191.....	515	s. 325	201
s. 70.2–70.4	515	Faster Removal of Foreign Criminals Act,	
s. 70.3.....	515	S.C. 2013, c. 16	
s. 70.4.....	515	— — —	143
s. 76(4).....	515	Farmers’ Creditors Arrangement Act, 1934,	
s. 77(4).....	515	S.C. 1934, c. 53	
s. 81	515	— — —	249
s. 82(1)(a).....	515	Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7	
s. 83(13)(b)	515	s. 2	411
Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24		s. 18	411, 645
— — —	515	s. 18.1	411
Copyright Amendment Act, 1931 (The),		s. 18.4(1)	411
S.C. 1931, c. 8		s. 18.5.....	411
— — —	515	s. 50	411
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20		Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2	
— — —	515	s. 9(3).....	317
Crimes Against Humanity and War Crimes		s. 19(1)(j).....	317
Act, S.C. 2000, c. 24		s. 19(1)(l).....	317
s. 4–7	317	Immigration and Refugee Protection Act,	
s. 6	317	S.C. 2001, c. 27	
s. 7	317	s. 2(1).....	317
s. 33	317	s. 18	99
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		s. 25(1).....	143
s. 7(3.76)	317	s. 33	317
s. 7(3.77)	317	s. 34	143, 317
s. 380(1)(b)	411	s. 35	143, 317
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23		s. 36	317
s. 86(2).....	201	s. 37	143
Environment Quality Act, CQLR, c. Q-2		s. 40(1)(a).....	99
s. 22	645	s. 42.1.....	143, 317
		s. 44	99
		s. 96	292
		s. 97	143

	PAGE		PAGE
Immigration and Refugee Protection Act		Migratory Birds Convention Act, 1994,	
—Concluded		S.C. 1994, c. 22	
s. 97(1)	292	— — —	645
s. 98	317	National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5	
s. 169(b)	292	s. 9.1	411
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1		s. 9.4	411
s. 15(2.16)	249	s. 10.1	411
s. 18(5)	249	s. 12	411
s. 80.01(4)	249	s. 17	411
s. 80.01(5.1)	249	s. 18(1)	411
s. 80.1(5)	249	s. 18(2)	411
s. 89(4)–(6)	249	s. 18.3	411
s. 89(8)–(10)	249	s. 18.5	411
s. 91(1)	249, 481	s. 60(1)	411
s. 94.1	249	s. 60(2)	411
s. 95(1)	249	s. 73–128	411
s. 95(1)	481	s. 117	411
s. 95(2)(b)	481	s. 125(a)	411
s. 95(2.4)	481	s. 129	411
s. 95(2.11)	481	s. 130	411
s. 96	249	s. 138	411
s. 107.4(4)	249	s. 139–146	411
s. 128.1(2)	249	s. 140.1	411
s. 227	201	s. 140.2	411
s. 248(1)	249, 481	s. 155	411
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5		s. 161.1	411
— — —	3	s. 164(1.3)	411
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21		s. 164.2	411
s. 2	515	s. 165	411
s. 8.1	645	s. 165.15	411
s. 11	411	s. 165.17(1)	411
s. 12	249	s. 165.19	411
s. 14	515	s. 165.191(1)	411
Lobbying Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44		s. 165.191(3)	411
s. 5(1)	623	s. 165.192	411
s. 7(1)	623	s. 165.2	411
s. 10.4(1)	623	s. 165.21	411
s. 10.4(1.1)	623	s. 165.22	411
		s. 165.24	411
		s. 165.25	411

	PAGE		PAGE
National Defence Act—Concluded		Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21	
s. 165.26	411	s. 29(1)	623
s. 165.27	411	s. 30	623
s. 165.28	411	s. 35(2)	623
s. 165.221(1)	411	Public Servants Disclosure Protection Act,	
s. 165.223	411	S.C. 2005, c. 46	
s. 165.231		s. 19.4(1)	623
s. 165.31(1)	411	s. 19.4(2)	623
s. 165.32(1)	411	s. 19.4(3)	623
s. 165.32(2)	411	s. 22(i)	623
s. 165.32(3)	411	s. 24(3)	623
s. 165.32(7)	411	Revised Statutes of Canada, 1985 Act, R.S.C.,	
s. 166	411	1985 (3rd Supp.), c. 40	
s. 173	411	s. 12(a)	515
s. 178	411	Security of Tenure of Military Judges Act,	
s. 179	411	S.C. 2011, c. 22	
s. 186	411	s. 2	411
s. 202.121(7)	411	Special Import Measures Act, R.S.C., 1985,	
s. 230.1	411	c. S-15	
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4		s. 2(1)	179
s. 155	411	s. 3–5	179
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7		s. 15–23.1	179
s. 54	3	s. 24–28	179
s. 55	3	s. 29	179
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.),		s. 30	179
c. 31		s. 30.2	179
s. 3(2)	411	s. 30.3	179
s. 16	411	s. 31	179
s. 58(1)	623	s. 35	179
s. 58(2)	623	s. 37.1	179
s. 58(4)	623	s. 38	179
s. 58(5)	623	s. 39(1)	179
Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C.,		s. 41	179
1985 (2nd Supp.), c. 32		s. 42	179
s. 4(4)	231	s. 43	179
		s. 55	179
		s. 56–62	179
		s. 96.1(1)	179

	PAGE		PAGE
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29		BARBADOS	
s. 6	645	International Financial Services Act, Cap. 325	
s. 27	645	s. 4(2)	481
s. 29	645	Off-shore Banking Act, Cap. 325	
s. 32-36	645	— — —	481
s. 34	645	ORDERS AND REGULATIONS	
s. 56-64	645	CANADA	
s. 61	645	Emergency Order for the Protection of the	
s. 64	645	Western Chorus Frog (Great Lakes /	
s. 80	645	St. Lawrence — Canadian Shield	
s. 97	645	Population), SOR/2016-211	
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985,		s. 2(1)	645
c. S-22		s. 3	645
— — —	623	Emergency Order for the Protection of the	
Strengthening Military Justice in the Defence		Western Chorus Frog (Great Lakes /	
of Canada Act, S.C. 2013		St. Lawrence — Canadian Shield	
— — —	411	Population), SI/2016-36	
ALBERTA		— — —	645
Personal Property Security Act, S.A. 1988,		Immigration and Refugee Protection	
c. P-4.05		Regulations, SOR/2002-227	
— — —	201	s. 12.06(e)	99
QUEBEC		s. 12.07	99
Civil Code of Québec, CQLR, c. CCQ-1991		s. 16	317
art. 1371	249	s. 37(1)	99
art. 952	645	s. 42(1)	99
s. 1373	249	s. 228(1)	99
s. 1374	249	Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172	
s. 1508	249	— — —	317
Taxation Act, CQLR, c. I-3		Order Amending Schedule 1 to the Species at	
s. 1136(1)(e)	249	Risk Act, SOR/2010-32	
SASKATCHEWAN		s. 5	645
The Pension Benefits Act, 1992, S.S. 1992,		Order in Council P.C. 2016-1069	
c. P-6.001		— — —	3
— — —	231	Order in Council P.C. 2018-1177	
		— — —	3

	PAGE		PAGE
Order in Council P.C. 2019-378		RULES	
— — —	3	CANADA	
Order in Council P.C. 2019-820		Federal Courts Rules, SOR/98-106	
— — —	3	— — —	179
Patented Medicines (Notice of Compliance)		r. 3	124
Regulations, SOR/93-133		r. 4	124
— — —	124	r. 32	317
Queen’s Regulations and Orders (QR&O)		r. 72	231
art. 2.07	411	r. 151	124
s. 4.02	411	r. 302(1)	411
s. 4.091	411	r. 302(2)	411
s. 15.01	411	r. 303	231
s. 15.17	411	r. 385(1)(a)	124
Queen’s Regulations and Orders (QR&O)		Tax Court of Canada Rules (General Procedure),	
Vol. II – Disciplinary	411	SOR/90-688a	
s. 107(3)	411	s. 58	249
s. 110.08	411		
s. 112.05(3)(b)	411		
s. 112.14(6)	411		
Security Interest (GST/HST) Regulations,			
SOR/2011-55			
s. 2	201		
Special Import Measures Regulations,			
SOR/84-927			
s. 37.1(1)(c)(ii.1)	179		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
LOIS			
CANADA			
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]	124,	Loi constitutionnelle de 1867 , 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]	
— — —	143	art. 91(27)	645
art. 7	143	art. 91–95	231
art. 11b)	411	art. 92	645
art. 11d)	411	art. 96	411
Code criminel , L.R.C. (1985), ch. C-46		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. 7(3.76)	317	art. 35	3, 231
art. 7(3.77)	317	art. 52(1)	411
art. 380(1)b)	411	Loi d'arrangement entre cultivateurs et créanciers , 1934, S.C. 1934, ch. 53	
Déclaration canadienne des droits , S.C. 1960, ch. 44		— — —	249
art. 2e)	143	Loi de 1921 concernant le droit d'auteur , S.C. 1921, ch. 24	
Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers , L.C. 2013, ch. 16		— — —	515
— — —	143	Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension , L.R.C. (1985) (2 ^e suppl.), ch. 32	
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale , L.C. 1992, ch. 37		art. 4(4)	231
— — —	3	Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs , L.C. 1994, ch. 22	
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012) , L.C. 2012, ch. 19		— — —	645
art. 52	3	Loi de l'impôt sur le revenu , L.R.C. (1985) (5 ^e suppl.), ch. 1	
art. 52(4)	3	art. 15(2.16)	249
Loi canadienne sur la protection de l'environnement , L.R.C. (1985) (4 ^e suppl.), ch. 16		art. 18(5)	249
art. 34	645	art. 80.01(4)	249
art. 35	645	art. 80.01(5.1)	249
		art. 80.1(5)	249

	PAGE		PAGE
Loi de l'impôt sur le revenu—Fin		Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 29	
art. 89(4) à (6)	249	— — —	411
art. 89(8)-(10)	249	Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 35	
art. 91(1)	249, 481	— — —	411
art. 94.1	249	Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1931, ch. 8	
art. 95(1)	249, 481	— — —	515
art. 95(2)b)	481	Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2	
art. 95(2.4)	481	— — —	645
art. 95(2.11)	481	Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, ch. 24	
art. 96	249	— — —	515
art. 107.4(4)	249	Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1	
art. 128.1(2)	249	art. 30(1)	623
art. 227	201	Loi sur l'ynamovibilité des juges militaires, L.C. 2011, ch. 22	
art. 248(1)	249, 481	art. 2	411
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21		Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29	
art. 2	515	art. 3(2)	317
art. 8.1	645	art. 5(1)c)	317
art. 11	411	art. 10.1	317
art. 12	249	art. 10.2	317
art. 14	515	art. 10.5	317
Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1935, ch. 8		art. 10.7	317
— — —	515	Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5	
Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1936, ch. 28		art. 9.1	411
art. 10(1)	515	art. 9.4	411
art. 10(2)	515	art. 10.1	411
art. 10(3)	515	art. 12	411
art. 10A	515	art. 17	411
art. 10B(7)	515	art. 18(1)	411
art. 10B(8)	515		
art. 10B(9)	515		
art. 67.1(3)	515		
art. 67.1(5)	515		
art. 68(1)	515		
Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté et une autre loi en conséquence, L.C. 2017, ch. 14			
art. 19.1(2)	317		

	PAGE		PAGE
Loi sur la défense nationale—Suite		Loi sur la défense nationale—Fin	
art. 18(2)	411	art. 165.32(3)	411
art. 18.3	411	art. 165.32(7)	411
art. 18.5	411	art. 166	411
art. 60(1)	411	art. 173	411
art. 60(2)	411	art. 178	411
art. 73 à 128	411	art. 179	411
art. 117	411	art. 186	411
art. 125a)	411	art. 202.121(7)	411
art. 129	411	art. 230.1	411
art. 130	411		
art. 138	411	Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970,	
art. 139 à 146	411	ch. N-4	
art. 140.1	411	art. 155	411
art. 140.2	411		
art. 155	411	Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C.	
art. 161.1	411	(1985), ch. B-3	
art. 164(1.3)	411	— — —	201, 249
art. 164.2	411		
art. 165	411	Loi sur la modernisation du droit d'auteur,	
art. 165.15	411	L.C. 2012, ch. 20	
art. 165.17(1)	411	— — —	515
art. 165.19	411		
art. 165.191(1)	411	Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985),	
art. 165.191(3)	411	ch. C-5	
art. 165.192	411	art. 52	317
art. 165.2	411	art. 53	317
art. 165.21	411		
art. 165.22	411	Loi sur la protection des fonctionnaires divul-	
art. 165.24	411	gateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005,	
art. 165.25	411	ch. 46	
art. 165.26	411	art. 19.4(1)	623
art. 165.27	411	art. 19.4(2)	623
art. 165.28	411	art. 19.4(3)	623
art. 165.221(1)	411	art. 22i)	623
art. 165.223	411	art. 24(3)	623
art. 165.231	411		
art. 165.31(1)	411	Loi sur la protection des renseignements per-	
art. 165.32(1)	411	sonnels, L.R.C. (1985), ch. P-21	
art. 165.32(2)	411	art. 29(1)	623
		art. 30	623
		art. 35(2)	623

	PAGE		PAGE
Loi sur l'assurance-emploi , L.C. 1996, ch. 23		Loi sur le droit d'auteur—Fin	
art. 86(2)	201	art. 70.18	515
Loi sur la taxe d'accise , L.R.C. (1985), ch. E-15		art. 70.19	515
art. 221	201	art. 70.191	515
art. 222	201	art. 70.2 à 70.4	515
art. 317	201	art. 70.3	515
art. 323	201	art. 70.4	515
art. 325	201	art. 76(4)	515
Loi sur le droit d'auteur , L.R.C. (1985),		art. 77(4)	515
ch. C-42		art. 81	515
art. 2	515	art. 82(1)a)	515
art. 3	515	art. 83(13)b)	515
art. 13(4)	515	Loi sur le droit d'auteur , S.R.C. 1970, ch. C-30	
art. 15	515	art. 50(9)	515
art. 18	515	Loi sur le lobbying , L.R.C. (1985) (4 ^e suppl.),	
art. 19	515	ch. 44	
art. 21	515	art. 5(1)	623
art. 29	515	art. 7(1)	623
art. 29.1	515	art. 10.4(1)	623
art. 29.2	515	art. 10.4(1.1)	623
art. 29.9(2)	515	Loi sur les arrangements avec les créanciers	
art. 34 à 38.1	515	des compagnies , L.R.C. (1985), ch. C-36	
art. 35	515	art. 37	201
art. 66.6(1)	515	Loi sur les banques , L.C. 1991, ch. 46	
art. 67	515	— — —	201
art. 67.1	515	Loi sur les conflits d'intérêts , L.C. 2006, ch. 9	
art. 67.2(1)	515	art. 2	623
art. 67.2(2)	515	art. 44(1)	623
art. 68(4)	515	art. 44(4)	623
art. 68.2(1)	515	art. 45(1)	623
art. 70(1)	515	Loi sur les Cours fédérales , L.R.C. (1985),	
art. 70.1 à 70.4	515	ch. F-7	
art 70.1 à 70.191	515	art. 2	411
art. 70.11	515	art. 18	411, 645
art. 70.12	515	art. 18.1	411
art. 70.13 à 70.19	515	art. 18.4(1)	411
art. 70.14	515		
art. 70.15	515		
art. 70.17	515		

	PAGE		PAGE
Loi sur les Cours fédérales—Fin		Loi sur les mesures spéciales d'importation,	
art. 18.5	411	L.R.C. (1985), ch. S-15	
art. 50	411	art. 2(1)	179
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24		art. 3–5	179
art. 4–7	317	art. 15–23.1	179
art. 6	317	art. 24–28	179
art. 7	317	art. 29	179
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29		art. 30	179
art. 6	645	art. 30.2	179
art. 27	645	art. 30.3	179
art. 29	645	art. 31	179
art. 32 à 36	645	art. 35	179
art. 34	645	art. 37.1	179
art. 56 à 64	645	art. 38	179
art. 61	645	art. 39(1)	179
art. 64	645	art. 41	179
art. 80	645	art. 42	179
art. 97	645	art. 43	179
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5		art. 55	179
— — —	3	art. 56–62	179
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31		art. 96.1(1)	179
art. 3(2)	411	Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22	
art. 16	411	— — —	623
art. 58(1)	623	Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10	
art. 58(2)	623	art. 87	515
art. 58(4)	623	art. 113(2)	515
art. 58(5)	623	art. 117	515
Loi sur les Lois révisées du Canada (1985), L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 40		art. 118	515
art. 12a)	515	art. 119(2)	515
		art. 120.1	515
		art. 126	515
		Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2	
		— — —	
		art. 9(3)	317
		art. 19(1)j)	317
		art. 19(1)l)	317

	PAGE		PAGE
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés , L.C. 2001, ch. 27		Code civil du Québec , RLRQ, ch. CCQ-1991	
art. 2(1)	317	art. 952.	645
art. 18.	99	art. 1371.	249
art. 25(1)	143	art. 1373.	249
art. 33.	317	art. 1374.	249
art. 34.	143, 317	art. 1508.	249
art. 35.	143, 317	Loi sur la qualité de l'environnement , RLRQ,	
art. 36.	317	ch. Q-2	
art. 37.	143	art. 22.	645
art. 40(1)a)	99		
art. 42.1	143, 317	SASKATCHEWAN	
art. 44.	99	The Pension Benefits Act , 1992, S.S. 1992,	
art. 96.	292	ch. P-6.001	
art. 97.	143	— — —	231
art. 97(1)	292		
art. 98.	317	BARBADE	
<i>art. 169b)</i>	292	International Financial Services Act , Cap. 325	
		art. 4(2)	481
Loi sur l'Office national de l'énergie , L.R.C. (1985), ch. N-7		Off-shore Banking Act , Cap. 325	
art. 54.	3	— — —	481
art. 55.	3		
Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada , L.C. 2013, ch. 24		ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS	
— — —	411	CANADA	
Régime de pensions du Canada , L.R.C. (1985), ch. C-8		Décret C.P. 2016-1069	
art. 23(3)	201	— — —	3
		Décret C.P. 2018-1177	
ALBERTA		— — —	3
Personal Property Security Act , S.A. 1988, ch. P-4.05		Décret C.P. 2019-378	
— — —	201	— — —	3
		Décret C.P. 2019-820	
QUÉBEC		— — —	3
Loi sur les impôts , RLRQ, ch. I-3		Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien) , DORS/2016-211	
art. 1136(1)e)	249	art. 2(1)	645
		art. 3	645

	PAGE		PAGE
Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien), TR/2016-36	645	Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133	
— — —		— — —	124
Décret modifiant l'annexe 1 de la Loi sur les espèces en péril, DORS/2010-32		Règlement sur les mesures spéciales d'importation, DORS/84-927	
art. 5	645	art. 37.1(1)c)(ii.1)	179
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)		RÈGLES	
art. 2.07	411	CANADA	
art. 4.02	411	Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688a	
art. 4.091	411	art. 58	249
art. 15.01	411	Règles des Cours fédérales, DORS/98-106	
art. 15.17	411	— — —	179
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) vol. II – Discipline		règle 3	124
art. 107.03	411	règle 4	124
art. 110.08	411	règle 32	317
art. 112.05(3)b)	411	règle 72	231
art. 112.14(6)	411	règle 151	124
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172		règle 302(1)	411
— — —	317	règle 302(2)	411
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227		règle 303	231
art. 12.06e)	99	règle 385(1)a)	124
art. 12.07	99		
art. 16	317		
art. 37(1)	99		
art. 42(1)	99		
art. 228(1)	99		
Règlement sur les droits en garantie (TPS/TVH), DORS/2011-55			
art. 2	201		

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

	PAGE
Agreement on the Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 , 1868 U.N.T.S. 201	
Art. 5.8.....	179
 Canada – Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Carbon Steel Welded Pipe From the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu , WTO Doc WT / DS482 / R	
art. 7.18	179
Art. 7.19.....	179
Art. 7.37.....	179
 Treaty No. 6 (1876)	
— — —	231
 Treaty No. 8 (1899)	
— — —	231
 Treaty No. 10 (1906)	
— — —	231
 United Nations Convention on Biological Diversity , June 5, 1992, 1760 U.N.T.S. 79	
— — —	645
 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees , July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6	
Art. 1F	317

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

	PAGE
Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 , 1868 R.T.N.U. 226	
art. 5.8	179
Canada – Mesures antidumping visant les importations de certains tubes soudés en acier au carbone en provenance du Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu , Document de l'OMC WT/DS482/R	
art. 7.18	179
art. 7.19	179
art. 7.37	179
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés , 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6	
art. 1F	317
Convention des Nations Unies sur la diversité biologique , 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79	
— — —	645
Traité n° 6 (1876)	
— — —	231
Traité n° 8 (1899)	
— — —	231
Traité n° 10 (1906)	
— — —	231

AUTHORS CITED

	PAGE
Canada Border Services Agency. E677 – Cross Border Currency or monetary instruments report — <i>Individual</i>	99
<i>Canada Gazette</i> , Part I, Vol. 144, No. 24, June 12, 2010	515
<i>Canada Gazette</i> , Vol. 153, No. 25, June 22, 2019	3
Canada. National Defence. <i>Personal Relationship and Fraternalization</i> , DAOD 5019-1, July 11, 2014	411
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , Ottawa: The Commission, 1996	3
Canadian Judicial Council. <i>Ethical Principles for Judges</i> , 2004	411
Citizenship and Immigration Canada. <i>Operational Manual: Enforcement (ENF)</i> , Chapter ENF 3 “Admissibility Hearing and Detention Review Proceedings”	99
Citizenship and Immigration Canada. <i>Operational Manual: Enforcement (ENF)</i> , Chapter ENF 4 “Port of entry examinations”	99
Citizenship and Immigration Canada. <i>Operational Manual: Enforcement (ENF)</i> , Chapter ENF 5 “Writing 44(1) Reports”	99
Department of Finance, Press Release, 1997-030, “Unremitted Source Deductions and Unpaid GST” (April 7, 1997).	201
Deschamps, Marie. <i>External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces</i> , March 27, 2015	411
Didier Lluellas and Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 3rd ed. Montréal: Éditions Thémis, 2018.	249
DMP Policy Directive # 016/17. <i>Appointment of Special Prosecutors</i> , 12 April 2017, updated 15 December 2017.	411
Dunlop, C.R.B. <i>Creditor-Debtor Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995	249
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1969	515
Garner, Bryan A. <i>Black’s Law Dictionary</i> , 8th ed. Saint-Paul: Thomson West, 2004.	249
Government of Canada. “Parts of the Canada Gazette” (last modified 9 August 2019), online: < http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/lm-sp-eng.html#a5 >	515
Katz, Ariel. “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I” (2015), 27 <i>I.P.J.</i> 151	515
Laskin, Bora. <i>The British Tradition in Canadian Law</i> , London: Stevens, 1969	411
Li, Jinyan, Arthur Cockfield and J. Scott Wilkie. <i>International Taxation in Canada: Principles and Practices</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2018.	249
MacDonald, R.A. “The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law” (1985), 1 <i>JAG Journal</i> 1	411
MacMillan, Margaret. <i>Paris 1919: Six Months That Changed the World</i> . New York: Random House, 2002	515
Office of the Commissioner of Lobbying of Canada. <i>Lobbyists’ Code of Conduct</i> , 2015.	623

	PAGE
Hogg, P. W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. suppl., Toronto: Carswell, 2007 (looseleaf 2016).	645
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	249
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	249
Truth and Reconciliation Commission of Canada. <i>Honouring the truth, reconciling for the future: summary of the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada</i> , Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015	3
Walters, Mark D. “The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada” in Will Kymlicka and Bashir Bashir, eds. <i>The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies</i> , Oxford: Oxford University Press, 2008	3
Zhou, Han-Ru. “ <i>Erga Omnes</i> or <i>Inter Partes</i> ? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments” (2019) 97 CBR 275	411

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Agence des services frontaliers du Canada. E677 – Déclaration sur les mouvements transfrontaliers d’espèces et d’instruments monétaires — Particulier.	99
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , Ottawa : la Commission, 1996.	3
Canada. Défense nationale. <i>Relations personnelles et fraternisation</i> , DOAD 5019-1, 11 juillet 2014	411
Citoyenneté et Immigration Canada. <i>Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)</i> , chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention »	99
Citoyenneté et Immigration Canada. <i>Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)</i> , chapitre ENF 4 « Contrôles aux points d’entrée »	99
Citoyenneté et Immigration Canada. <i>Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)</i> , chapitre ENF 5 « Rédactions des rapports en vertu du L44(1) »	99
Commissariat au lobbying du Canada. <i>Code de déontologie des lobbyistes</i> , 2015 . . .	623
Commission de vérité et réconciliation du Canada. <i>Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada</i> , Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015	3
Conseil Canadien de la magistrature. <i>Principes de Déontologie Judiciaire</i> , 2004. . .	411
Deschamps, Marie. <i>Examen externe sur l’inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes</i> , 27 mars 2015	411
Didier Lluelles et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 3 ^e éd. Montréal : Éditions Thémis, 2018.	249
Directive du DPM n° 016/17. <i>Nomination de procureurs spéciaux</i> , 12 avril 2017, mise à jour 15 décembre 2017.	411
Dunlop, C.R.B. <i>Creditor-Debtor Law in Canada</i> , 2 ^e éd. Toronto : Carswell, 1995 . . .	249
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4 ^e éd. Toronto : Carswell, 1969.	515
Garner, Bryan A. <i>Black’s Law Dictionary</i> , 8 ^e éd. Saint-Paul : Thomson West, 2004	249
<i>Gazette du Canada</i> , partie I, vol. 144, n° 24, 12 juin 2010.	515
<i>Gazette du Canada</i> , vol. 153, n° 25, 22 juin 2019	3
Gouvernement du Canada. « <i>Parties de la Gazette du Canada</i> » (dernière modification le 9 août 2019), en ligne : < http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/lm-sp-fra.html#a5 >	515
Katz, Ariel. « <i>Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I</i> » (2015), 27 I.P.J. 151.	515
Laskin, Bora. <i>The British Tradition in Canadian Law</i> , London : Stevens, 1969 . . .	411
Li, Jinyan, Arthur Cockfield et J. Scott Wilkie. <i>International Taxation in Canada : Principles and Practices</i> , 4 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2018	249
MacMillan, Margaret. <i>Paris 1919 : Six Months That Changed the World</i> . New York : Random House, 2002	515

	PAGE
McDonald, R.A. « The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law » (1985), 1 <i>Rev. JAG</i> 1	411
Ministère des Finances, communiqué de presse, 1997-030, « Retenues à la source non versées et TPS impayée » (7 avril 1997)	201
Hogg, P. W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5 ^e éd. suppl., Toronto : Carswell, 2007 (feuilles mobiles 2016).....	645
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.....	249
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.....	249
Walters, Mark D. « <i>The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada</i> », dans Will Kymlicka et Bashir Bashir, dir., <i>The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies</i> , Oxford : Oxford University Press, 2008.....	3
Zhou, Han-Ru. « <i>Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts' Constitutional Judgments</i> » (2019), 97 <i>R. du B. can.</i> 275.....	411

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