



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 2, Part 2

2021, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2021] 2 F.C.R., {²⁴³⁻⁴⁹⁸
D-7-D-16

Renvoi [2021] 2 R.C.F., {²⁴³⁻⁴⁹⁸
F-9-F-20

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

NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© His Majesty the King in Right of Canada, 2022.

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

NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2022.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	243–498
Digests.	D-7–D-16

Canadian Security Intelligence Service Act, (Re) (F.C.) 243

Security Intelligence — Application by Canadian Security Intelligence Service (Service) seeking warrants pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, ss. 16, 21 to collect information on foreign persons performing work in Canada — S. 16 authorizing Service to assist Ministers in collecting information relating to foreign states, persons “within Canada” — Collection effected from within Canada for information outside Canada contrary to “within Canada” limitation as per *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 (*Within Canada FC*) — Attorney General taking position that while information sought may be outside Canada, Service’s proposed method of collection occurring “within Canada”; s. 16 only limiting “from” where collection activity undertaken — Issue whether judge acting under Act, s. 21 on application for warrants in relation to s. 16 may authorize persons located within Canada to use proposed method of collection to obtain information without regard to whether information inside or outside Canada — Words “within Canada” not meaning assistance need only occur “from” within Canada — *Within Canada FC* correctly interpreting words “within Canada” to mean “only in Canada” — S. 16 reflecting limits on Service’s intrusive activity — Words “within Canada” meaning assistance having to occur within geographic boundaries of Canada — Parliament giving significant consideration to geographic scope of Service’s various mandates — Not intending broader meaning of words “within Canada” than their plain meaning will sustain — Sensitive to importance of protecting Canada’s diplomatic relations, international reputation, ability to receive information from foreign governments — Balancing these competing interests with s. 16 geographic limitation — “Only in Canada” not requiring that every step, action or element of proposed collection activity

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	243–498
Fiches analytiques.	F-9–F-20

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (C.F.) 243

Renseignement de sécurité — Demande de mandat présentée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) en vertu des art. 16 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* afin de collecter des informations de personnes étrangères qui travaillent au Canada — L’art. 16 autorise le Service à prêter son assistance à des ministres, « dans les limites du Canada », à la collecte d’informations sur des étrangers ou des États étrangers — Selon la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 (*Les limites du Canada, CF*), la collecte effectuée depuis le Canada pour de l’information à l’extérieur du Canada allait à l’encontre de la restriction « dans les limites du Canada » — Le procureur général a fait valoir que les informations pouvaient être hors des limites géographiques du Canada, mais que la méthode de collecte proposée du Service était utilisée « dans les limites du Canada »; l’art. 16 vise uniquement à restreindre le « point d’origine » de l’activité de collecte — Il s’agissait de savoir si un juge saisi d’une demande de mandats faite au titre de l’art. 16 peut, en vertu de l’art. 21, autoriser des personnes qui se trouvent dans les limites du Canada d’utiliser la méthode de collecte proposée pour obtenir des informations peu importe que les informations soient au Canada ou à l’étranger — L’assistance, « dans les limites du Canada », ne peut être interprétée de manière à signifier qu’il suffit que l’assistance soit prêtée « depuis » le Canada — Dans l’affaire *Les limites du Canada, CF*, la Cour a conclu à juste titre que l’interprétation correcte de l’expression « dans les limites du Canada » est « seulement au Canada » — L’art. 16 reflète les limites imposées aux activités envahissantes du Service — L’expression « dans les limites du Canada » signifie que l’assistance doit être prêtée à l’intérieur des frontières du Canada — Le législateur a accordé une grande attention à la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

occur within Canada — Assistance occurring within Canada where all “significant assistance or collection activity occurs only” within Canada — Such determination assessed on case-by-case basis — Conclusion that s. 16 not prohibiting all collection activities that involve extraterritorial action not inconsistent with conclusion in *Within Canada FC*’s that “within Canada” meaning “only in Canada” — Proposed collection method not in accordance with principle of international comity, objectives of order, fairness — Phrase “within Canada” not broader than assistance within the geographic limits of Canada — S. 21 not providing Court with authority to approve Service activity outside Canada — Application dismissed.

Construction of Statutes — Canadian Security Intelligence Service (Service) seeking warrants pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, ss. 16, 21 to collect information on foreign persons performing work in Canada — S. 16 authorizing Service to assist Ministers in collecting information relating to foreign states, persons “within Canada” — Attorney General taking position that while information sought may be outside Canada, Service’s proposed method of collection occurring “within Canada”; s. 16 only limiting “from” where collection activity undertaken — Court in *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 correctly interpreting words “within Canada” to mean “only in Canada” — Literal meaning of words “within Canada” clear, unambiguous, not displaced when considered within context of surrounding words at s. 16 or other provisions of Act — New technological capabilities having to be considered in interpretation of legislation — However, courts cannot vitiate clear intent of Parliament where new technology resulting in activity Parliament seeking to limit.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

portée géographique des différentes fonctions du Service — Il ne souhaitait pas donner à l’expression « dans les limites du Canada » une signification plus large que son sens ordinaire — Il a pris en considération l’importance de protéger les relations diplomatiques et la réputation internationale du pays et sa capacité d’obtenir des informations des gouvernements étrangers — L’art. 16 et sa restriction géographique reflètent l’équilibre entre les intérêts concurrents — L’expression « seulement au Canada » n’exige pas que toute étape, toute action ou tout élément de l’activité de collecte proposée se déroule au Canada — L’assistance est prêtée dans les limites du Canada lorsque toute « activité importante ayant trait à l’assistance ou à la collecte est menée uniquement » dans les limites du Canada — Cela est déterminé au cas par cas — La conclusion selon laquelle l’art. 16 n’interdit pas toutes les activités de collecte qui impliquent une action extraterritoriale n’était pas incompatible avec la conclusion tirée dans l’affaire *Les limites du Canada, CF*, selon laquelle « dans les limites du Canada » signifie « seulement au Canada » — La méthode de collecte proposée ne cadrerait pas avec le principe de la courtoisie internationale ou avec des objectifs d’ordre et d’équité — L’expression « dans les limites du Canada » n’est pas plus large que l’assistance dans les limites géographiques du Canada — L’art. 21 ne confère pas à la Cour le pouvoir d’approuver des activités du Service à l’extérieur du Canada — Demande rejetée.

Interprétation des lois — Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) a demandé des mandats en vertu des art. 16 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* afin de collecter des informations de personnes étrangères qui travaillent au Canada — L’art. 16 autorise le Service à prêter son assistance à des ministres, « dans les limites du Canada », à la collecte d’informations sur des étrangers ou des États étrangers — Le procureur général a fait valoir que les informations pouvaient être hors des limites géographiques du Canada, mais que la méthode de collecte proposée du Service était utilisée « dans les limites du Canada »; l’art. 16 vise uniquement à restreindre le « point d’origine » de l’activité de collecte — Dans la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 la Cour a conclu à juste titre que l’interprétation correcte de l’expression « dans les limites du Canada » est « seulement au Canada » — Le sens littéral de l’expression « dans les limites du Canada » est clair et sans équivoque et il n’est pas déplacé lorsque l’expression est considérée en contexte à l’art. 16 ou en fonction d’autres dispositions de la Loi sur le SCRS — L’avancement de la technologie doit être pris en compte dans l’interprétation des lois — Toutefois, cela ne permet pas à un tribunal de vicier l’intention claire du législateur lorsque cette nouvelle

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Security Intelligence Services Act (RE) (F.C.) 289

Security Intelligence — Application for warrants to gather foreign intelligence pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act or Act), s. 16 — Number of issues arising in context of s. 16 over recent years also considered — Act, s. 16 granting Canadian Security Intelligence Service (Service or CSIS) authority to provide assistance to Minister of National Defence or Minister of Foreign Affairs by collecting information or intelligence about capabilities, intentions, or activities of foreign state or foreign person — Service's role under s. 16 distinct from its primary mandate to investigate threats to security of Canada under Act, s. 12 — Application including submissions on amendments that Service seeking to templates on which s. 16 warrants initially based, as well as representations on treatment of information collected about Canadians, including elected officials, during s. 16 investigations — Court appointing two *amici curiae* in proceeding; asked to address additional specific issues which consolidated — At issue was: scope of CSIS Act, s. 16 (particularly as it relates to collection of information about Canadians, to concurrent investigations of threats to security of Canada under s. 12, appropriate warrant templates for execution of intrusive powers in collection of foreign intelligence); whether s. 16 authorizing use of cellular site simulator (CSS) technology; whether s. 16 authorizing interception of [***] data; whether s. 16 authorizing interception of [***foreign persons***] communications outside Canada — Section 16 providing broad powers but Service's mandate thereunder containing limits — Service's authority to collect foreign intelligence strictly confined to foreign entities, precluding targeting of Canadians — Service can intercept communications of Canadians under s. 16 only incidentally; has overarching duty to minimize intrusions on privacy of Canadians who are innocent third parties to s. 16 investigation — Where appropriate, Court can impose terms or conditions on execution of s. 16 warrant to curtail excessive intrusions on privacy — Parliamentary privilege not justifying creation of special rules or guidelines to address situations where communications of elected officials intercepted pursuant to s. 16 warrants — Service should advise Court of guidelines it develops for distributing, unminimizing identities of Canadians whose communications incidentally intercepted; permit Court opportunity to comment thereon — Service took steps to ensure no operational interaction existing between Service's foreign intelligence activities under s. 16, its s. 12 mandate relating to security intelligence; addressing Court's

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

technologie mène à l'exercice de l'activité même que ce dernier cherchait à limiter.

Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (Re) (C.F.) 289

Renseignement de sécurité — Demande de mandats visant la collecte de renseignements étrangers au titre de l'art. 16 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) — Un certain nombre de questions ayant trait à l'art. 16 soulevées au cours des dernières années ont été traitées également — L'art. 16 autorise le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) à prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères à la collecte d'informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités d'un étranger ou d'un État étranger — Ce rôle diffère de celui, fondamental, que l'art. 12 de cette même loi confie au Service : enquêter sur les menaces pour la sécurité du Canada — La demande était assortie d'observations portant sur des modifications que le Service voulait apporter aux modèles des mandats relatifs à l'art. 16, ainsi que sur le traitement des informations sur des Canadiens, y compris des élus, recueillies dans le cadre d'enquête menée au titre de ce même article — La Cour a nommé deux *amici curiae* et a été invitée à se prononcer sur d'autres points en particulier, qui avaient été rassemblés — Il s'agissait de savoir quelle est la portée de l'art. 16 de la Loi sur le SCRS (relativement, surtout, à la collecte d'informations sur des Canadiens, aux enquêtes menées simultanément sur les menaces pour la sécurité du Canada en vertu de l'art. 12 et aux modèles de mandats permettant l'exercice de pouvoirs intrusifs pour la collecte de renseignements étrangers); si l'art. 16 autorise le recours aux émulateurs de station de base (ESB); si l'art. 16 autorise l'interception de données [***]; et si l'art. 16 autorise l'interception de communications [***des personnes étrangères***] à l'extérieur du Canada — L'art. 16 accorde des pouvoirs étendus, mais le rôle qu'il confère au Service est limité — Le pouvoir de ce dernier de recueillir des renseignements étrangers est strictement circonscrit aux entités étrangères; il ne peut pas viser des Canadiens — Le Service ne peut intercepter les communications de Canadiens au titre de l'art. 16 que de manière incidente; il est tenu de minimiser le degré d'empiètement sur la vie privée de Canadiens qui sont des tiers innocents dans le cadre d'une enquête menée au titre de l'art. 16 — S'il y a lieu, la Cour peut imposer des conditions à l'exécution d'un mandat relatif à l'art. 16 afin de limiter l'empiètement excessif sur la vie privée — Le privilège parlementaire ne justifie pas la création de règles ou de directives spéciales pour le traitement des cas d'interception de communications d'élus au titre de l'art. 16 — Le Service devrait informer la Cour de la teneur des lignes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

concerns in serious way — Service’s proposed amendments would bring s. 16 warrant templates in line with s. 12 templates — Regarding Service’s ability to capture information through use of CSS, minimally intrusive searches authorized by s. 16 without requirement of warrant — Sufficient safeguards constraining potential over-extension of Service’s foreign intelligence role to satisfy *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8 respecting minimally intrusive searches, such as use of CSS without warrant — Therefore, in present context, no significant difference between nature, purpose of s. 16 as compared to s. 12 — Interceptions of [***] data capture more personal information than CSS operations — Service engaging in [***] surveys whereby Service trying to identify particular device used by target of investigation — Surveys at issue may involve collection of intrusive lifestyle information — Thus, impartial judicial prior authorization (i.e. warrant) required for Service to collect such information — Act, s. 16 requiring that foreign intelligence be collected only “within Canada” which unambiguously meaning within Canada’s geographical boundaries — Geographical requirements of s. 16 met when interceptions taking place within Canada in respect of communications outside Canada — Application allowed.

Allergan Inc. v. Sandoz Canada Inc. (F.C.) 357

Practice — Costs — Reasons for order concerning costs claimed in relation to patent infringement action filed by plaintiff Allergan Inc. (Allergan) against defendant Sandoz Canada Inc. (Sandoz), Sandoz’s counterclaim — Allergan, exclusive licensee of Canadian Patent No. 2507002 (’002 patent) commencing infringement action against Sandoz in underlying action — Sandoz successful on one issue, Allergan successful on two other issues — Parties invited to make submissions on costs — Issue whether to fix costs by way of lump sum — Granting lump sum award becoming increasingly common — Lump sum award furthering objective of securing just, most expeditious, least expensive determination of proceedings —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

directrices qu’il se donne quant au renversement de la divulgation minimale d’informations permettant de reconnaître des Canadiens dont les communications ont été interceptées de manière incidente, et donner à la Cour l’occasion de les commenter — Le Service a pris des mesures pour qu’il n’y ait aucune interaction de nature opérationnelle entre les activités de renseignement étranger qu’il mène en lien avec l’art. 16 et le mandat que lui donne l’art. 12 en matière de renseignement de sécurité; il a tenu compte des préoccupations de la Cour avec sérieux — Le Service a proposé des modifications destinées à aligner les modèles de mandats liés à l’art. 16 sur ceux liés à l’art. 12 — En ce qui concerne la capacité du Service de capturer des informations au moyen d’ESB, l’art. 16 autorise la réalisation, sans mandat, de fouilles minimalement envahissantes — Il existe suffisamment de mécanismes permettant d’empêcher le Service d’aller trop loin dans son rôle eu égard au renseignement étranger pour que soit respecté l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* quant aux fouilles minimalement envahissantes menées sans mandat, comme l’utilisation d’ESB — Partant, dans ce contexte, il n’y avait aucune différence importante entre les art. 12 et 16 en ce qui a trait à la nature et à l’objet — L’interception de données [***] permet d’obtenir davantage d’informations personnelles que les opérations fondées sur les ESB — Le Service effectue des sondages [***] par lesquels il tente de reconnaître l’appareil en particulier qu’utilise la cible de l’enquête — Les sondages en question peuvent entraîner la collecte envahissante d’informations sur le mode de vie — Par conséquent, le Service doit obtenir au préalable une autorisation judiciaire impartiale, c’est-à-dire un mandat, pour recueillir ces informations — Aux termes de l’art. 16, les renseignements étrangers ne peuvent être recueillis que « dans les limites du Canada », ce qui signifie, sans équivoque, dans les frontières géographiques du pays — Il y a respect de la restriction géographique de l’art. 16 lorsqu’il y a interception, dans les limites du Canada, de communications à l’étranger — Demande accueillie.

Allergan Inc. c. Sandoz Canada Inc. (C.F.) 357

Pratique — Frais et Dépens — Motifs d’ordonnance concernant les dépens réclamés à l’égard de l’action en contrefaçon de brevet déposée par la demanderesse, Allergan Inc. (Allergan), contre la défenderesse, Sandoz Canada Inc. (Sandoz), ainsi que la demande reconventionnelle introduite par Sandoz — Dans l’action principale, Allergan, la titulaire exclusive d’une licence sur le brevet canadien n° 2507002 (le brevet ’002), a intenté contre Sandoz une action en contrefaçon — Sandoz a obtenu gain de cause à l’égard d’une question et Allergan a eu gain de cause pour ce qui est des deux autres questions — Les parties ont été invitées à présenter des observations concernant les dépens — Il s’agissait de savoir s’il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Factors to consider set out in *Federal Courts Rules*, r. 400(3) — Successful party generally entitled to its costs, even if not entirely successful — Possible to depart from general rule in cases of truly “divided success” or “mixed results” — Line of cases holding that where prevailing defendant not succeeding with respect to all of its allegations of invalidity, this outcome not constituting “divided success” or “mixed results”, considered binding herein — Sandoz thus entitled to its costs — Assessment of appropriate lump sum award beginning at mid-point of 25–50 percent range — Reasonable, appropriate here to award costs on lump sum basis — Plaintiff Allergan Inc. ordered to pay lump sum amount to defendant Sandoz.

Merck Sharp & Dohme Corp. v. Sandoz Canada Inc. (F.C.) 391

Patents — Infringement — Motions by defendants seeking order for summary judgment under *Federal Courts Rules*, r. 215 or, alternatively, order striking out statement of claim in patent action under r. 221 — Plaintiffs opposing motions, requesting summary judgment dismissing defendants’ defence — Each of Sandoz Canada Inc., Pharmascience Inc. defendant in patent action brought by plaintiffs Merck Sharp & Dohme Corp., Merck Canada Inc — Motions based on defendants’ position that *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 8.2, made under *Patent Act*, imposing limitation period, that within actions commenced after expiry of this period — Plaintiffs in both actions submitted that motions should be dismissed, sought summary judgment, dismissing defendants’ limitation period defence — Plaintiff, Merck Canada Inc., authorized by Health Canada to sell drug sitagliptin (brand name JANUVIA) in Canada — Plaintiff, Merck Sharp & Dohme Corp., owning three patents listed in patent register for sitagliptin — On February 13, 2020, defendants serving Merck Canada Inc. with notice of allegation (NOA) respecting those three listed patents in which indicating that regulatory approval sought to market, sell generic sitagliptin tablet in Canada — Less than 45 days later, plaintiffs issued statements of claim under Regulations, s. 6(1) against each defendant relating to three patents subject of NOAs — As result, Regulations, s. 7(1)(d), automatic 24-month stay applying to issuance of notice of compliance (NOC) relating to generic

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

convenait de fixer les dépens sous forme de somme globale — Il est devenu de plus en plus courant d’adjuger une somme globale — L’adjudication d’une somme facilite l’objectif consistant à apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — Les facteurs à prendre en considération sont énoncés à la règle 400(3) des *Règles des Cours fédérales* — La règle générale veut que la partie victorieuse ait droit aux dépens, même si elle n’a pas eu gain de cause sur chacun des arguments qu’elle a avancés — Il est possible de diverger de cette approche dans les cas réels de « succès partagé » ou de « succès partiels » — Était contraignante la jurisprudence portant que la défense victorieuse ne constitue pas un « succès partagé » ni un « succès partiel » lorsque le défendeur ne réussit pas à imposer l’ensemble de ses allégations d’invalidité — Sandoz avait donc droit aux dépens — La taxation d’une somme globale appropriée débute au milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100 — Il était raisonnable et approprié en l’espèce d’adjuger les dépens sous la forme d’une somme globale — Il a été ordonné à la demanderesse, Allergan Inc., de verser une somme globale à la défenderesse, Sandoz.

Merck Sharp & Dohme Corp. c. Sandoz Canada Inc. (C.F.) 391

Brevets — Contrefaçon — Requêtes des défenderesses en vue d’obtenir un jugement sommaire en application de la règle 215 des *Règles des Cours fédérales* ou, subsidiairement, une ordonnance radiant la déclaration déposée dans le cadre d’une action en contrefaçon de brevet conformément à la règle 221 — Les demanderesse se sont opposées aux requêtes et ont demandé un jugement sommaire rejetant la défense des défenderesses — Sandoz Canada Inc. et Pharmascience Inc. sont toutes deux défenderesses dans une action en contrefaçon de brevet intentée par les demanderesse, Merck Sharp & Dohme Corp. et Merck Canada Inc. — Ces requêtes étaient fondées sur la position des défenderesses selon laquelle l’art. 8.2 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, pris en vertu de la *Loi sur les brevets*, impose un délai de prescription et les actions ont été introduites après l’expiration de ce délai — Les demanderesse dans les deux actions ont soutenu que ces requêtes devraient être rejetées, mais ont sollicité aussi un jugement sommaire rejetant la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription — La demanderesse, Merck Canada Inc., est autorisée par Santé Canada à vendre de la sitagliptine (vendue sous la marque nominale JANUVIA) au Canada — L’autre demanderesse, Merck Sharp & Dohme Corp., est propriétaire de trois brevets inscrits au registre des brevets pour la sitagliptine — Le 13 février 2020, les défenderesses ont toutes deux signifié à Merck Canada Inc. un avis d’allégation (AA) à l’égard

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

products subject of defendants' submissions to Health Canada — In addition to listed patents, Merck Sharp & Dohme Corp. owning Canadian Patent No. 2518435 ('435 Patent), which not listed on patent register — On June 24, 2020, plaintiffs filing statements of claim commencing actions underlying these motions, alleging that making, constructing, using or selling of sitagliptin tablets by defendants would infringe certain claims in '435 Patent — On July 17, 2020, defendants filing original versions of present motions to strike plaintiffs' Regulations, s. 8.2 actions — Plaintiffs opposing motions arguing that no 45-day limitation period as defendants asserting; that Court should consider whether to grant summary judgment in their favour, dismissing defendants' limitation period defence as raising no genuine issue for trial — Whether Regulations imposing any timing requirements for s. 8.2 actions; whether plaintiffs' claim in each action should be dismissed or struck as time-barred; whether summary judgment should be granted in favour of plaintiffs — Commencement of Regulations, s. 6(1) action automatically triggers 24-month stay of grant of NOC (s. 7(1)(d)) — Plaintiffs right in arguing that 45-day limitation period linked to this statutory stay, overall need to bring litigation to conclusion expeditiously — 45-day limitation period is function of intention that stay, if to be invoked through commencing s. 6(1) action, be invoked promptly so that it will conclude promptly — Regulatory stay applying only to s. 6(1) actions, not to those under s. 8.2 — Legislative purpose of s. 8.2 is removal of previously existing barriers to quia timet actions to facilitate legal consideration of unlisted patents, thereby address uncertainty resulting from risks associated with such patents — However, such purpose not requiring elimination of such uncertainty within any particular timeframe as no interpretation of s. 8.2 can eliminate uncertainty that potential for post-launch litigation of unlisted patents will continue to present — Rather, elimination of common law barrier achieved by s. 8.2 permitting earlier access to legal consideration; thus, earlier resolution of unlisted patent infringement claims — Therefore, no basis to conclude that relevant legislative purpose required reading down s. 8.2 to include 45-day limitation period — In conclusion, no genuine issue for trial with respect to defendants' limitation period defence — Defence as to limitation period failing — Motions by defendants dismissed; request by plaintiffs granted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de ces trois brevets inscrits indiquant qu'une approbation réglementaire était demandée pour commercialiser et vendre un comprimé générique de sitagliptine au Canada — Moins de 45 jours plus tard, les demanderesse ont déposé des déclarations en vertu de l'art. 6(1) du Règlement contre chacune des défenderesses concernant les trois brevets visés par les AA — Par conséquent, conformément à l'art. 7(1)d) du Règlement, il y a eu un sursis automatique de 24 mois pour la délivrance d'un avis de conformité (AC) visant les médicaments génériques faisant l'objet des présentations des défenderesses à Santé Canada — En plus des brevets inscrits, Merck Sharp & Dohme Corp. est propriétaire du brevet canadien no 2518435 (brevet '435), qui n'est pas inscrit au registre des brevets — Le 24 juin 2020, les demanderesse ont déposé des déclarations pour intenter les actions sous-tendant les présentes requêtes, dans lesquelles elles alléguaient que la fabrication, la construction, l'exploitation ou la vente de comprimés de sitagliptine par les défenderesses contreviendrait à certaines revendications du brevet '435 — Le 17 juillet 2020, les défenderesses ont déposé les versions originales des présentes requêtes en vue de faire radier les actions intentées en vertu de l'art. 8.2 du Règlement — Les demanderesse se sont opposées aux requêtes au motif qu'il n'existe pas de délai de prescription de 45 jours, comme les défenderesses l'ont prétendu; que la Cour devrait déterminer s'il y a lieu d'accorder en leur faveur un jugement sommaire qui rejeterait la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription au motif qu'elle ne soulevait pas de véritable question litigieuse — Il s'agissait de savoir si le Règlement impose des exigences quant au délai de prescription des actions intentées en vertu de l'art. 8.2; si la déclaration des demanderesse dans chaque action devait être rejetée ou radiée au motif qu'elle a été déposée après l'expiration du délai de prescription; et s'il y avait lieu d'accorder un jugement sommaire en faveur des demanderesse — L'introduction d'une action en vertu de l'art. 6(1) du Règlement déclenche automatiquement un sursis de 24 mois de la délivrance de l'AC (art. 7(1)d)) — Les demanderesse ont eu raison de soutenir qu'il existe un lien entre le délai de prescription de 45 jours pour obtenir le sursis réglementaire et la nécessité générale de mettre fin au litige dans les plus brefs délais — Le délai de prescription de 45 jours découle de l'intention que le sursis, s'il est invoqué par l'introduction d'une action en vertu de l'art. 6(1), soit invoqué rapidement afin qu'il prenne fin rapidement — Le sursis réglementaire ne s'applique qu'aux actions visées à l'art. 6(1), et non à celles visées à l'art. 8.2 — L'objet de l'art. 8.2 est de supprimer les barrières qui existaient auparavant à l'égard des actions quia timet afin de faciliter l'examen judiciaire des brevets non inscrits et, par conséquent, de dissiper l'incertitude découlant des risques associés à ces brevets — Toutefois, cet objet ne

Suite à la page suivante

**Alberta (Attorney General) v. British Columbia
(Attorney General) (F.C.A.) 426**

Federal Court Jurisdiction — Appeal from Federal Court decision dismissing Alberta’s motion to strike action by British Columbia (B.C.) seeking declaration that Alberta’s *Preserving Canada’s Economic Prosperity Act* (Act) unconstitutional, granting B.C.’s motion for interlocutory injunction — Act authorizing Alberta’s Minister of Energy to establish licensing regime for export of natural gas, crude oil, refined fuels — Statements in Alberta legislature suggesting that Act’s true purpose political retaliation — Federal Court finding, inter alia, that B.C.’s constitutional challenge within jurisdiction of Federal Court, that word “controversies” in *Federal Courts Act*, s. 19 broad enough to include disputes concerning constitutional validity of provincial legislation — Satisfied that controversy herein one falling within purview of s. 19 — Alberta arguing no controversy before Federal Court — Whether B.C.’s action falling within ambit of Federal Courts Act, s. 19 — Whether “controversy” existing between B.C., Alberta — *Per* LeBlanc J.A. (Rivoalen J.A. concurring): S. 19 capable of broad interpretation — S. 19 language contemplating controversies between provinces without any qualifiers as to kinds of legal interests that can be asserted — Legislation granting jurisdiction to Federal Court should benefit from generous, liberal interpretation — Case law dealing with s. 19 not setting out outer limits of that provision — Only limit is that dispute brought before Federal Court having to be based on some “recognized legal principle” as opposed to “ideas of abstract justice” — Intergovernmental controversies not precluding private parties from bringing claims in relation to subject matter underlying such controversies as long as s. 19 requirements met — Federal Court empowered to pronounce on constitutional validity of provincial legislation

Continued on next page

requiert pas que cette incertitude soit dissipée dans un délai donné, car aucune interprétation de l’art. 8.2 ne peut dissiper l’incertitude que continuera de présenter la possibilité qu’il y ait un litige pour contrefaçon de brevets non inscrits après le lancement de médicaments — L’élimination de la barrière de la common law réalisée par l’art. 8.2 permet un accès plus précoce à l’examen judiciaire et, par conséquent, à un règlement plus précoce des actions en contrefaçon de brevets non inscrits — Par conséquent, il n’y avait aucune raison de conclure que l’objectif législatif en cause exigeait une interprétation atténuée de l’art. 8.2 qui comprend un délai de prescription de 45 jours — En conclusion, il n’existait pas de véritable question litigieuse dans la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription — La défense fondée sur le délai de prescription a été rejetée — Requêtes des défenderesses rejetées; demande des demanderesses accueillie.

**Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique
(Procureur général) (C.A.F.) 426**

Compétence de la Cour fédérale — Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a rejeté la requête de l’Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique (C.-B.) visant à obtenir un jugement déclarant que la *Preserving Canada’s Economic Prosperity Act* (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) de l’Alberta était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la C.-B. — La Loi habilite le ministre de l’Énergie de l’Alberta à établir un régime de permis pour l’exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés — Des députés de l’assemblée législative de l’Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d’infliger des mesures de représailles politiques — La Cour fédérale a conclu notamment que la contestation constitutionnelle de la C.-B. relevait de la compétence de la Cour fédérale et que le terme « litige » (ou « controverses » en anglais) à l’art. 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* était suffisamment large pour inclure les différends concernant la validité constitutionnelle d’une loi provinciale — Elle a dit être convaincue que le litige dans la présente affaire était visé par l’art. 19 — L’Alberta a soutenu qu’il n’existait pas de litige dont pouvait être saisie la Cour fédérale — Il s’agissait de savoir si l’action de la C.-B. relève de l’art. 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* — Il s’agissait également de savoir s’il existe un « litige » entre les provinces de la Colombie-Britannique et de l’Alberta — Le juge LeBlanc, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L’art. 19 est susceptible d’une interprétation large — Le libellé de l’art. 19 mentionne les litiges interprovinciaux, sans qu’il y ait le moindre qualificatif restreignant les types d’intérêts juridiques pouvant être défendus — Les lois conférant compétence à la Cour fédérale doivent

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— One province threatening well-being of another presenting hallmarks of “controversy” — However, present dispute not lending itself to declaratory relief — Indeterminate threat that has not materialized into actual charge is insufficient to establish violation of *Constitution Act, 1867*, s. 121 — Therefore plain and obvious that, in regards to s. 121 component of B.C.’s claim, legal test for declaratory relief not met — As to s. 92A(2) component of B.C.’s claim, declaratory relief should not be granted in the absence of action taken pursuant to the Act — S. 92A(2) raising a number of interpretive issues not yet addressed by courts — In the absence of licensing scheme restricting export activities of persons or classes of persons, Federal Court lacked factual context sufficient to interpret, apply s. 92A(2) in present case — *Per* Nadon J.A. (concurring reasons): Plain, obvious that B.C.’s challenge of Act not constituting “controversy” falling under s. 19 — S. 19 enacted to allow Federal Court to deal with controversies of different nature than present one — Crown interests or rights not asserted herein — Federal Court’s interpretation leading to untenable results — To extent that controversy is one where “Sovereign” or “Crown” interests, rights are being pursued, word “controversy” should be given broad interpretation — S. 19 not enacted to provide parallel forum to that of provincial superior courts — Adopting Federal Court’s broad interpretation opening door to intrusion by one province into affairs of another — Appeal allowed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Federal Court dismissing Alberta’s motion to strike action by British Columbia (B.C.) seeking declaration that Alberta’s *Preserving*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

faire l’objet d’une interprétation généreuse et libérale — La jurisprudence relative à l’art. 19 ne prévoit aucune limite à cette disposition — La seule restriction est que le litige porté devant la Cour fédérale doit être fondé sur certains « principes juridiques reconnus », par opposition à des « idées de justice abstraites » — Le fait que des litiges opposent des gouvernements n’empêche pas des particuliers de saisir le tribunal compétent de demandes portant sur l’objet qui sous-tend ces litiges à condition que les exigences énoncées à l’art. 19 soient remplies — La Cour fédérale a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de lois provinciales — Une province menace directement et ouvertement le bien-être d’une autre; une telle situation présente les caractéristiques d’un « litige » — Toutefois, le litige en l’espèce ne se prêtait pas à un jugement déclaratoire — Une menace indéterminée qui ne s’est pas matérialisée en une charge réelle est insuffisante pour établir qu’il y a violation de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Il était donc évident et manifeste que, relativement au volet de la demande de la C.-B. fondé sur l’art. 121, il n’a pas été satisfait au critère juridique applicable au prononcé de jugements déclaratoires — En ce qui concerne le volet de la demande de la C.-B. fondé sur l’art. 92A(2), un jugement déclaratoire ne devrait pas être accordé en l’absence de mesures prises en application de la Loi — L’art. 92A(2) soulève plusieurs questions d’interprétation qui n’ont pas encore été examinées par les tribunaux — Faute d’un régime de permis limitant les activités d’exportation de personnes ou de catégories de personnes, la Cour fédérale ne disposait pas d’un contexte factuel suffisant pour interpréter et appliquer l’art. 92A(2) en l’espèce — Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : Il était évident et manifeste que la contestation de la Loi par la C.-B. ne constituait pas un « litige » visé par l’art. 19 — L’art. 19 a été adopté pour permettre à la Cour fédérale de trancher des litiges d’une nature différente du litige dont il était question dans la présente affaire — Les intérêts ou les droits de la Couronne n’étaient pas défendus dans la présente affaire — Le sens qu’a attribué la Cour fédérale à la disposition mène à des résultats qui sont intenable — Dans la mesure où le litige porte sur la revendication d’intérêts et de droits « souverains » ou « de la Couronne », le mot « litige » doit recevoir une interprétation large — L’art. 19 n’a pas été adopté dans le but d’offrir une instance concurrente aux cours supérieures provinciales — Souscrire à l’interprétation large qu’a faite la Cour fédérale ouvrirait la porte à l’ingérence de provinces dans les affaires d’autres provinces — Appel accueilli.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Cour fédérale a rejeté la requête de l’Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique (C.-B.) visant à obtenir

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Canada's Economic Prosperity Act (Act) unconstitutional, granting B.C.'s motion for interlocutory injunction — Act authorizing Alberta's Minister of Energy to establish licensing regime for export of natural gas, crude oil, refined fuels — Statements in Alberta legislature suggesting that Act's true purpose political retaliation — B.C. claiming Act exceeding Alberta's legislative authority over trade in non-renewable natural resources, discriminating against another part of Canada in violation of *Constitution Act, 1867*, s. 92A(2) — Seeking declaration that Act inconsistent with Constitution of Canada, of no force and effect — *Per* LeBlanc J.A. (Rivoalen J.A. concurring): Present dispute not lending itself to declaratory relief — Federal Court lacking factual context sufficient to interpret, apply s. 92A(2) in present case — Court having to define scope of non-discrimination requirement in s. 92A(2) before using this provision to declare an act unconstitutional — Absence of Ministerial action restricting supply to B.C., operational licensing scheme making it difficult to conclude what constitutes discrimination under s. 92A(2).

Constitutional Law — Federal Court dismissing Alberta's motion to strike action by British Columbia (B.C.) seeking declaration that Alberta's *Preserving Canada's Economic Prosperity Act* (Act) unconstitutional, granting B.C.'s motion for interlocutory injunction — Act authorizing Alberta's Minister of Energy to establish licensing regime for export of natural gas, crude oil, refined fuels — Statements in Alberta legislature suggesting that Act's true purpose political retaliation — B.C. claiming Act contrary to *Constitution Act, 1867*, s. 121 as it imposes barriers on the admission of articles of growth, produce, or manufacture of one province into another — Seeking declaration that Act inconsistent with Constitution of Canada, of no force and effect — *Per* LeBlanc J.A. (Rivoalen J.A. concurring): Present dispute not lending itself to declaratory relief — In s. 121 analysis, court must first establish that impugned law restricting movement of goods across provincial border before inquiring into law's purpose — Indeterminate threat not yet materialized into actual charge insufficient to establish violation of s. 121.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

un jugement déclarant que la *Preserving Canada's Economic Prosperity Act* (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) de l'Alberta était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la C.-B. — La Loi habilite le ministre de l'Énergie de l'Alberta à établir un régime de permis pour l'exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés — Des députés de l'assemblée législative de l'Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d'infliger des mesures de représailles politiques — La C.-B. a soutenu que la Loi outrepassait le pouvoir législatif de l'Alberta dans le domaine du commerce des ressources naturelles non renouvelables et qu'elle prévoit des disparités envers une autre partie du Canada, ce qui contrevient à l'art. 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Elle a demandé une déclaration portant que la Loi est contraire à la Constitution du Canada et est inopérante — Le juge LeBlanc, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le litige en l'espèce ne se prêtait pas à un jugement déclaratoire — La Cour fédérale ne disposait pas d'un contexte factuel suffisant pour interpréter et appliquer l'art. 92A(2) en l'espèce — Le tribunal devra définir la portée de l'interdiction des disparités prévue à l'art. 92A(2) avant de se fonder sur cette disposition pour déclarer qu'une loi est inconstitutionnelle — Vu l'absence de mesures prises par le ministre pour restreindre l'approvisionnement de la C.-B. ainsi que l'absence de régime de permis fonctionnel, il était difficile de déterminer ce en quoi constitue une disparité au sens de l'art. 92A(2).

Droit constitutionnel — La Cour fédérale a rejeté la requête de l'Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique (C.-B.) visant à obtenir un jugement déclarant que la *Preserving Canada's Economic Prosperity Act* (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) de l'Alberta était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la C.-B. — La Loi habilite le ministre de l'Énergie de l'Alberta à établir un régime de permis pour l'exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés — Des députés de l'assemblée législative de l'Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d'infliger des mesures de représailles politiques — La C.-B. a soutenu en outre que la Loi contrevient à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, car elle impose des barrières à l'admission d'articles du crû, de la provenance ou de la fabrication d'une province vers une autre — Elle a demandé une déclaration portant que la Loi est contraire à la Constitution du Canada et est inopérante — Le juge LeBlanc, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le litige en l'espèce ne se prêtait pas à un jugement déclaratoire — Dans une analyse sur l'art. 121,

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

le tribunal doit d'abord établir que la loi contestée entrave la circulation des biens d'une province à une autre, avant d'entreprendre un examen de l'objet de la loi — Une menace indéterminée qui ne s'est pas matérialisée en une charge réelle est insuffisante pour établir qu'il y a violation de l'art. 121.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

ABB Inc. v. Canadian National Railway Company, 2020 FC 817, [2020] 4 F.C.R. 303, has been reversed on appeal (*CSX Transportation, Inc. v. ABB Inc.*, A-232-20, 2022 FCA 96). The reasons for judgment, handed down May 31, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Ermineskin Cree Nation v. Canada (Environment and Climate Change), T-1014-20, 2021 FC 758, has been affirmed on appeal (A-254-21, A-261-21, 2022 FCA 123), reasons for judgment handed down July 4, 2022.

XY v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), IMM-5379-20, IMM-5380-20, 2021 FC 831, has been affirmed on appeal (A-262-21, 2022 FCA 113), reasons for judgment handed down June 13, 2022.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *ABB Inc. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2020 CF 817, [2020] 4 R.C.F. 303, a été infirmée en appel (*CSX Transportation, Inc. c. ABB Inc.*, A-232-20, 2022 CAF 96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 31 mai 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Nation Crie Ermineskin c. Canada (Environnement et Changement climatique)*, T-1014-20, 2021 CF 758, a été confirmée en appel (A-254-21, A-261-21, 2022 CAF 123), les motifs du jugement ayant été prononcés le 4 juillet 2022.

La décision *XY c. Canada (Sécurité et Protection civile)*, IMM-5379-20, IMM-5380-20, 2021 CF 831, a été confirmée en appel (A-262-21, 2022 CAF 113), les motifs du jugement ayant été prononcés le 13 juin 2022.

**Federal Courts
Reports**

2021, Vol. 2, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 2, 2^e fascicule

[***]
2020 FC 757

[***]
2020 CF 757

IN THE MATTER of an application by [*] for warrants pursuant to sections 16 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23**

DANS L’AFFAIRE d’une demande de mandats présentée par [*] en vertu des articles 16 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23**

AND IN THE MATTER OF [*a Foreign State, Group of States, Corporation or Person***]**

ET DANS L’AFFAIRE VISANT [*un État étranger, un groupe d’États étrangers, une personne morale étrangère ou une personne étrangère***]**

INDEXED AS: *CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (RE)*

RÉPERTORIÉ : *LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ (RE)*

Federal Court, Gleeson J.—Ottawa, September 12, October 22 and December 14, 2018; July 27, 2020.

Cour fédérale, juge Gleeson—Ottawa, 12 septembre, 22 octobre et 14 décembre 2018; 27 juillet 2020.

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

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

Security Intelligence — Application by Canadian Security Intelligence Service (Service) seeking warrants pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 16, 21 to collect information on foreign persons performing work in Canada — S. 16 authorizing Service to assist Ministers in collecting information relating to foreign states, persons “within Canada” — Collection effected from within Canada for information outside Canada contrary to “within Canada” limitation as per X (Re), 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 (Within Canada FC) — Attorney General taking position that while information sought may be outside Canada, Service’s proposed method of collection occurring “within Canada”; s. 16 only limiting “from” where collection activity undertaken — Issue whether judge acting under Act, s. 21 on application for warrants in relation to s. 16 may authorize persons located within Canada to use proposed method of collection to obtain information without regard to whether information inside or outside Canada — Words “within Canada” not meaning assistance need only occur “from” within Canada — Within Canada FC correctly interpreting words “within Canada” to mean “only in Canada” — S. 16 reflecting limits on Service’s intrusive activity — Words “within Canada” meaning assistance having to occur within geographic boundaries of Canada — Parliament giving significant consideration to geographic scope of Service’s various mandates — Not intending broader meaning of words “within Canada” than their plain meaning will sustain — Sensitive to importance of protecting Canada’s diplomatic relations, international reputation, ability to receive information from foreign governments — Balancing these competing interests with s. 16

Renseignement de sécurité — Demande de mandats présentée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) en vertu des art. 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité afin de collecter des informations de personnes étrangères qui travaillent au Canada — L’art. 16 autorise le Service à prêter son assistance à des ministres, « dans les limites du Canada », à la collecte d’informations sur des étrangers ou des États étrangers — Selon la décision X (Re), 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 (Les limites du Canada, CF), la collecte effectuée depuis le Canada pour de l’information à l’extérieur du Canada allait à l’encontre de la restriction « dans les limites du Canada » — Le procureur général a fait valoir que les informations pouvaient être hors des limites géographiques du Canada, mais que la méthode de collecte proposée du Service était utilisée « dans les limites du Canada »; l’art. 16 vise uniquement à restreindre le « point d’origine » de l’activité de collecte — Il s’agissait de savoir si un juge saisi d’une demande de mandats faite au titre de l’art. 16 peut, en vertu de l’art. 21, autoriser des personnes qui se trouvent dans les limites du Canada d’utiliser la méthode de collecte proposée pour obtenir des informations peu importe que les informations soient au Canada ou à l’étranger — L’assistance, « dans les limites du Canada », ne peut être interprétée de manière à signifier qu’il suffit que l’assistance soit prêtée « depuis » le Canada — Dans l’affaire Les limites du Canada, CF, la Cour a conclu à juste titre que l’interprétation correcte de l’expression « dans les limites du Canada » est « seulement au Canada » — L’art. 16 reflète les limites imposées aux activités envahissantes du

geographic limitation — “Only in Canada” not requiring that every step, action or element of proposed collection activity occur within Canada — Assistance occurring within Canada where all “significant assistance or collection activity occurs only” within Canada — Such determination assessed on case-by-case basis — Conclusion that s. 16 not prohibiting all collection activities that involve extraterritorial action not inconsistent with conclusion in *Within Canada FC’s* that “within Canada” meaning “only in Canada” — Proposed collection method not in accordance with principle of international comity, objectives of order, fairness — Phrase “within Canada” not broader than assistance within the geographic limits of Canada — S. 21 not providing Court with authority to approve Service activity outside Canada — Application dismissed.

Construction of Statutes — Canadian Security Intelligence Service (Service) seeking warrants pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 16, 21 to collect information on foreign persons performing work in Canada — S. 16 authorizing Service to assist Ministers in collecting information relating to foreign states, persons “within Canada” — Attorney General taking position that while information sought may be outside Canada, Service’s proposed method of collection occurring “within Canada”; s. 16 only limiting “from” where collection activity undertaken — Court in *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 correctly interpreting words “within Canada” to mean “only in Canada” — Literal meaning of words “within Canada” clear, unambiguous, not displaced when considered within context of surrounding words at s. 16 or other provisions of Act — New technological capabilities having to be considered in interpretation of legislation — However, courts cannot vitiate clear intent of Parliament where new technology resulting in activity Parliament seeking to limit.

Service — L’expression « dans les limites du Canada » signifie que l’assistance doit être prêtée à l’intérieur des frontières du Canada — Le législateur a accordé une grande attention à la portée géographique des différentes fonctions du Service — Il ne souhaitait pas donner à l’expression « dans les limites du Canada » une signification plus large que son sens ordinaire — Il a pris en considération l’importance de protéger les relations diplomatiques et la réputation internationale du pays et sa capacité d’obtenir des informations des gouvernements étrangers — L’art. 16 et sa restriction géographique reflètent l’équilibre entre les intérêts concurrents — L’expression « seulement au Canada » n’exige pas que toute étape, toute action ou tout élément de l’activité de collecte proposée se déroule au Canada — L’assistance est prêtée dans les limites du Canada lorsque toute « activité importante ayant trait à l’assistance ou à la collecte est menée uniquement » dans les limites du Canada — Cela est déterminé au cas par cas — La conclusion selon laquelle l’art. 16 n’interdit pas toutes les activités de collecte qui impliquent une action extraterritoriale n’était pas incompatible avec la conclusion tirée dans l’affaire *Les limites du Canada*, CF, selon laquelle « dans les limites du Canada » signifie « seulement au Canada » — La méthode de collecte proposée ne cadrerait pas avec le principe de la courtoisie internationale ou avec des objectifs d’ordre et d’équité — L’expression « dans les limites du Canada » n’est pas plus large que l’assistance dans les limites géographiques du Canada — L’art. 21 ne confère pas à la Cour le pouvoir d’approuver des activités du Service à l’extérieur du Canada — Demande rejetée.

Interprétation des lois — Le Service canadien de renseignement de sécurité (SCRS ou Service) a demandé des mandats en vertu des art. 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien de renseignement de sécurité afin de collecter des informations de personnes étrangères qui travaillent au Canada — L’art. 16 autorise le Service à prêter son assistance à des ministres, « dans les limites du Canada », à la collecte d’informations sur des étrangers ou des États étrangers — Le procureur général a fait valoir que les informations pouvaient être hors des limites géographiques du Canada, mais que la méthode de collecte proposée du Service était utilisée « dans les limites du Canada »; l’art. 16 vise uniquement à restreindre le « point d’origine » de l’activité de collecte — Dans la décision *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 R.C.F. 567 la Cour a conclu à juste titre que l’interprétation correcte de l’expression « dans les limites du Canada » est « seulement au Canada » — Le sens littéral de l’expression « dans les limites du Canada » est clair et sans équivoque et il n’est pas déplacé lorsque l’expression est considérée en contexte à l’art. 16 ou en fonction d’autres dispositions de la Loi sur le SCRS — L’avancement de la technologie doit être pris en compte dans l’interprétation des lois — Toutefois, cela ne permet pas à un tribunal de vicier l’intention claire du législateur lorsque cette nouvelle technologie mène à l’exercice de l’activité même que ce dernier cherchait à limiter.

This was an application by the Canadian Security Intelligence Service (Service) seeking warrants pursuant to sections 16 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act) to collect information on foreign persons performing their work in Canada.

Section 16 authorizes the Service to assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs in the collection of information relating to foreign states and persons “within Canada”. In *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 (*Within Canada FC*), the Court held that a collection—effected from within Canada—for information outside Canada was contrary to the “within Canada” limitation imposed by Parliament. The Court concluded, *inter alia*, that there was a clear intent on the part of Parliament to limit section 16 activities to that which occurs within Canada’s borders. The appeal of that decision was dismissed in *Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23 (Re)*, 2018 FCA 207 (*Within Canada FCA*). In bringing this application, the Service affirmed that non-warranted techniques would not provide the Service with all required information and expressed the belief that warranted powers were required. Although the Service remains able to intercept and obtain information of interest, some collection is no longer practical using prior methods. The issue confronting the Service in this instance mirrors that which arose in *Within Canada FC*. To collect the information sought, the Service identified two methods of collection, one of which it sought to employ. The Attorney General acknowledged that the information may be outside of Canada’s geographic borders but nonetheless took the position that the proposed method of collection occurs “within Canada”, as that term is used in section 16, and that the Court could authorize the use of the proposed method of collection. The facts herein satisfied the requirements identified at subsection 21(3) of the Act, allowing for the issuance of the requested warrants. The “within Canada” question for the proposed method of collection remained to be determined. The *amici curiae* submitted that the proposed collection method cannot be properly characterized as occurring within Canada. They further submitted that in the absence of an express legislative basis upon which to act without regard to foreign or international law, this Court lacks jurisdiction to authorize the proposed collection method. The Attorney General argued, *inter alia*, that section 16 does not seek to limit collection on the basis of the location of the information sought, rather that section 16 seeks to limit “from” where the collection activity is undertaken. On the basis of this interpretation, argued the Attorney General, the proposed collection method fully respects the section 16 geographic limitation—the collection occurs from within Canada.

Il s’agissait d’une demande de mandats présentée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) en vertu des articles 16 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) afin de collecter des informations de personnes étrangères qui travaillent au Canada.

L’article 16 autorise le Service à prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères, « dans les limites du Canada », à la collecte d’informations sur des étrangers ou des États étrangers. Dans la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 (*Les limites du Canada, CF*), la Cour a déclaré que la collecte effectuée depuis le Canada pour de l’information à l’extérieur du Canada allait à l’encontre de la restriction « dans les limites du Canada » imposée par le législateur. La Cour a conclu notamment que le législateur avait clairement l’intention de restreindre les activités menées au titre de l’article 16 à celles qui se déroulent dans les frontières du Canada. L’appel de cette décision a été rejeté dans l’arrêt *Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)*, 2018 CAF 207 (*Les limites du Canada, CAF*). Dans le cadre de la présente demande, le Service a affirmé que les techniques ne nécessitant pas de mandat ne lui permettraient pas d’obtenir toutes les informations requises, et a exprimé sa conviction quant à la nécessité des pouvoirs prévus dans les mandats. Bien que le Service soit toujours en mesure d’intercepter et d’obtenir des informations qui l’intéressent, il n’est plus pratique d’utiliser des méthodes antérieures pour certaines collectes. L’enjeu auquel le Service était aux prises en l’espèce ressemble à celui qui a été soulevé dans *Les limites du Canada, CF*. Pour collecter les informations recherchées, le Service a cerné deux méthodes de collecte, souhaitant employer l’une d’elles. Le procureur général a reconnu que les informations pouvaient être hors des limites géographiques du Canada, mais il a néanmoins soutenu que la méthode de collecte proposée était utilisée « dans les limites du Canada », aux termes de l’article 16, et que, partant, la Cour pouvait autoriser l’utilisation de cette méthode. Les faits dans la présente affaire respectaient les exigences prévues au paragraphe 21(3) de la Loi sur le SCRS, ce qui a permis que soit décerné les mandats demandés. Il restait à se prononcer sur la question relative à l’expression « dans les limites du Canada » lorsqu’il s’agit de la méthode de collecte proposée. D’après les *amici curiae*, il était impossible d’affirmer à juste titre que la méthode de collecte proposée se déroule dans les limites du Canada. Ils ont soutenu en outre qu’en l’absence d’un fondement législatif exprès permettant d’agir sans égard aux lois étrangères ou internationales, la Cour n’a pas compétence pour autoriser le recours à la méthode de collecte proposée. Le procureur général s’est dit d’avis notamment que l’article 16 ne vise pas à limiter la collecte en fonction de la provenance de l’information recherchée. Il a soutenu que l’article 16 vise plutôt à restreindre le « point d’origine » de l’activité de collecte.

At issue was whether a judge acting under section 21 of the Act, on an application for warrants in relation to section 16 of the Act, may authorize persons who are located within Canada to use the proposed method of collection to obtain information without regard to whether the information is inside or outside Canada.

Held, the application should be dismissed.

Assistance “within Canada... in the collection of information or intelligence” cannot be interpreted as meaning that the assistance need only occur “from” within Canada. The Court in *Within Canada FC* correctly interpreted the words “within Canada” to mean “only in Canada”. To reach a contrary conclusion herein, it would have been necessary to find that (1) the collection of information without regard to whether it is inside or outside Canada using the proposed method satisfies the “within Canada” limitation as prescribed at section 16 of the Act; and (2) section 21 of the Act provides the Court with the jurisdiction to authorize the Service to engage in activity that is in breach of foreign domestic or international law. The authority Parliament has granted the Service to engage in intrusive activity in furtherance of its duties is limited and controlled. These limitations are reflected in section 16, which provides for and identifies the scope of the Service’s foreign intelligence collection mandate. The literal meaning of the words “within Canada” is clear and unambiguous—the assistance must occur within the geographic boundaries of Canada. No persuasive interpretative argument was advanced to support the assertion that the surrounding words require that “within Canada” be interpreted as “from within Canada”. The literal interpretation of the words “within Canada” is not displaced when considered within the context of the surrounding words at section 16 or other provisions of the Act. It is clear that Parliament has given significant consideration to the geographic scope of the Service’s various mandates. There is a meaningful difference between the “within or outside Canada” mandates found in sections 12, 12.1 and 15, and the “within Canada” mandate found in section 16. Nothing arising from a contextual consideration of the words “within Canada” led to the conclusion that Parliament intended a broader meaning of the words than their plain meaning will sustain—within the geographic boundaries of Canada. Parliament was sensitive to the importance of protecting Canada’s diplomatic relations and its international reputation as doing so was essential to ensuring Canada continues to receive sensitive security information from foreign governments. Section 16 and its geographic limitation represent Parliament’s balancing of these competing interests. The

Selon cette interprétation, le procureur général a-t-il fait valoir, la méthode de collecte proposée respecte absolument la restriction géographique prévue à l’article 16 : la collecte se déroule depuis le Canada.

Il s’agissait de savoir si un juge saisi d’une demande de mandats faite au titre de l’article 16 de la Loi sur le SCRS peut, en vertu de l’article 21 de cette même loi, autoriser des personnes qui se trouvent dans les limites du Canada d’utiliser la méthode de collecte proposée pour obtenir des informations peu importe que les informations soient au Canada ou à l’étranger.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L’assistance, « dans les limites du Canada, à la collecte d’informations ou de renseignements » ne peut être interprétée de manière à signifier qu’il suffit que l’assistance soit prêtée « depuis » le Canada. Dans l’affaire *Les limites du Canada, CF*, la Cour a conclu à juste titre que l’interprétation correcte de l’expression « dans les limites du Canada » est « seulement au Canada ». Pour en arriver à une conclusion opposée dans la présente affaire, il aurait fallu constater que 1) la collecte d’informations en utilisant la méthode proposée peu importe qu’elles soient au Canada ou à l’étranger, respecte la restriction « dans les limites du Canada » prévue à l’article 16 de la Loi sur le SCRS; et 2) l’article 21 de la Loi sur le SCRS donne à la Cour compétence pour autoriser le Service à mener des activités qui enfreignent des lois étrangères ou internationales. Le législateur a donné au Service une autorisation limitée et contrôlée de mener des activités envahissantes pour s’acquitter de ses fonctions. L’article 16 reflète ces limites. Il définit la portée des fonctions de collecte de renseignements étrangers du Service. Le sens littéral de l’expression « dans les limites du Canada » est clair et sans équivoque : l’assistance doit être prêtée à l’intérieur des frontières du Canada. Aucun argument convaincant sur le plan de l’interprétation n’a été avancé en appui à l’affirmation selon laquelle, en raison du libellé dans lequel elle s’inscrit, l’expression « dans les limites du Canada » ne peut que signifier « depuis le Canada ». L’interprétation littérale de l’expression « dans les limites du Canada » n’est pas déplacée lorsqu’elle est considérée en contexte à l’article 16 ou en fonction d’autres dispositions de la Loi sur le SCRS. Le législateur a manifestement accordé une grande attention à la portée géographique des différentes fonctions du Service. Il y a une différence marquée entre la portée des différentes fonctions du Service, d’une part « même à l’extérieur du Canada » aux articles 12, 12.1 et 15 et, d’autre part, « dans les limites du Canada » à l’article 16. Aucun élément de l’examen contextuel de l’expression « dans les limites du Canada » n’a mené à conclure que le législateur souhaitait y donner une signification plus large que son sens ordinaire, à savoir « à l’intérieur des limites géographiques du Canada ». Le législateur a pris en considération l’importance de protéger les relations

suggestion that section 16 should be interpreted to authorize the proposed collection method was not persuasive. However, “only in Canada” does not require that every step, action or element of the proposed collection activity occur within Canada. Section 16, properly interpreted, prohibits collection activities that involve extraterritorial actions that run contrary to Parliament’s intent or attracts the risks that Parliament sought to mitigate. This must be determined on a case-by-case basis. At a minimum, a proposed collection activity involving legally significant extraterritorial activity or proposed extraterritorial activity that will attract the very risks Parliament has sought to mitigate will not be consistent with section 16. The conclusion that section 16 does not prohibit all collection activities that involve some extraterritorial action is not inconsistent with the decision in *Within Canada FC*’s conclusion that “within Canada” means “only in Canada”. Whether a real and substantial connection exists between Canada and the collection or the information sought involves the consideration of the “within Canada” connection, but only as one of a number of factors. Parliament’s intent, international practice and the principle of international comity must also be considered. The proposed collection method could not be characterized as according with the principle of international comity and being consistent with objectives of order and fairness. New technological capabilities must be considered in the interpretation of legislation. Doing so, however, does not allow a court to vitiate the clear intent of Parliament where that new technology results in the very activity Parliament sought to limit and, in turn, attracts the very risks and consequences Parliament sought to avoid.

In conclusion, section 16 limits assistance to that which occurs within Canada. The phrase “within Canada” cannot be broader than what those words suggest: assistance within the geographic limits of Canada. Assistance occurs within Canada where all “significant assistance or collection activity occurs only” within Canada. What is significant assistance or collection activity is to be assessed on a case-by-case basis. In this instance, legally relevant and consequential activity would have occurred outside Canada if the proposed collection method had been pursued. Section 21 of the Act does not provide the Federal Court with the authority to approve Service activity outside Canada that would breach foreign domestic and/or international law and/or the international law

diplomatiques et la réputation internationale du pays, éléments essentiels pour que des gouvernements étrangers continuent de communiquer au Canada des informations de sécurité sensibles. L’article 16 et sa restriction géographique reflètent le souci du législateur d’en arriver à un équilibre entre les intérêts concurrents. N’est pas persuasive la proposition selon laquelle il faudrait interpréter l’article 16 de manière à autoriser la méthode de collecte proposée. Toutefois, cette interprétation n’exige pas que toute étape, toute action ou tout élément de l’activité de collecte proposée se déroule « seulement au Canada ». L’article 16, interprété adéquatement, interdit les activités de collecte qui impliquent des mesures extraterritoriales qui vont à l’encontre de l’intention du législateur ou qui comportent les risques que le législateur souhaitait atténuer. Cela doit être déterminé au cas par cas. Au minimum, ne sera pas conforme à l’article 16 une activité de collecte proposée qui implique des mesures extraterritoriales qui revêtent une importance sur le plan juridique, ou une mesure extraterritoriale proposée qui comporte les risques mêmes que le législateur souhaitait atténuer. La conclusion selon laquelle l’article 16 n’interdit pas toutes les activités de collecte qui impliquent une action extraterritoriale n’est pas incompatible avec la conclusion tirée dans l’affaire *Les limites du Canada, CF*, selon laquelle « dans les limites du Canada » signifie « seulement au Canada ». Pour déterminer s’il existe un lien réel et important entre le Canada et la collecte ou les informations recherchées, il est nécessaire d’étudier le lien avec « dans les limites du Canada »; il ne s’agit toutefois que d’un facteur parmi d’autres. Il y a aussi lieu de tenir compte de l’intention du législateur, des pratiques internationales et du principe de la courtoisie internationale. Il ne saurait être question d’affirmer que la méthode de collecte proposée cadre avec le principe de la courtoisie internationale ou avec des objectifs d’ordre et d’équité. L’avancement de la technologie doit être pris en compte dans l’interprétation des lois. Toutefois, cela ne permet pas à un tribunal de vicier l’intention claire du législateur lorsque cette nouvelle technologie mène à l’exercice de l’activité même que ce dernier cherchait à limiter et, donc, est à l’origine des risques et des conséquences qu’il cherchait à éviter.

En conclusion, l’article 16 limite l’assistance à celle qui est prêtée dans les limites du Canada. Rien ne permet d’élargir la signification de ce qui est suggéré par l’expression « dans les limites du Canada », l’assistance dans les limites géographiques du Canada. L’assistance est prêtée dans les limites du Canada lorsque toute « activité importante ayant trait à l’assistance ou à la collecte est menée uniquement » dans les limites du Canada. La définition d’« activité d’assistance ou de collecte importante » dépend des circonstances de chaque cas. En l’espèce, en cas de recours à la méthode de collecte proposée, il y aurait eu des activités pertinentes portant à conséquence sur le plan juridique à l’extérieur du Canada. L’article 21 de la Loi sur le SCRS ne confère pas à la Cour fédérale le pouvoir

principle of non-intervention where warrants are sought pursuant to section 16. To conclude otherwise is to usurp the role of Parliament.

d'approuver des activités du Service à l'extérieur du Canada visé par des demandes de mandats présentées en vertu de l'article 16 qui contreviendraient aux lois étrangères ou internationales, ou au principe de non-ingérence reconnu en droit international. En arriver à une autre conclusion reviendrait à usurper le rôle du législateur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts*, 41st Parl., 2nd Sess., 2015¹.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 12.1, 15, 16, 21, 21.1.

CASES CITED

APPLIED:

X (Re), 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, *affd Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23 (*Re*), 2018 FCA 207.

REFERRED TO:

X (Re), 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684; *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114; *Baron v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 341, 324 F.T.R. 133.

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Department of Justice. *Review of CSIS Warrant Practice*, Murray D. Segal, December 2016.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPLICATION by the Canadian Security Intelligence Service seeking warrants pursuant to sections 16 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* to collect information on foreign persons performing their work in Canada. Application dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12, 12.1, 15, 16, 21, 21.1.
 Projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*, 41^e lég., 2^e sess., 2015¹.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

X (Re), 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 *conf. par Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (*Re*), 2018 CAF 207.

DÉCISIONS CITÉES :

X (Re), 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 952; *Baron c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 341.

DOCTRINE CITÉE

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2011.
 Ministère de la Justice. *Examen du processus de demande de mandats au SCRS*, Murray D. Segal, décembre 2016.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

DEMANDE de mandats présentée par le Service canadien du renseignement de sécurité en vertu des articles 16 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* afin de collecter des informations de personnes étrangères qui travaillent au Canada. Demande rejetée.

¹ Assented to April 23, 2015: *Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9.

¹ Sanctionnée le 23 avril 2015 : *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9.

APPEARANCES

[***], [***] and [***] for Attorney General of Canada.

Gordon Cameron and Shantona Chaudhury as amici curiae.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Gordon Cameron and Shantona Chaudhury as amici curiae.

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

GLEESON J.:

TABLE OF CONTENTS

I. Introduction.....	1
II. Background.....	7
III. Issue.....	19
IV. Prior judicial treatment of section 16 of the CSIS Act.....	20
A. The decision in <i>Within Canada FC</i>	21
B. The decision in <i>Within Canada FCA</i>	35
V. Analysis.....	37
A. The Evidence.....	40
(1) Agreed facts.....	42
(2) The Service affiants.....	43
(a) The Internet and [***].....	45
(b) The [***proposed collection method***].....	51
(3) [***Evidence relating to the particulars of the information sought***].....	62
(a) The significance of the [***] evidence.....	67
(4) Findings of fact.....	75
B. The impact of <i>Within Canada FC</i> ...	76
C. Interpreting section 16.....	82

ONT COMPARU :

[***], [***] et [***] pour le procureur général du Canada.

Gordon Cameron et Shantona Chaudhury en qualité d'*amici curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Gordon Cameron et Shantona Chaudhury en qualité d'*amici curiae*.

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

LE JUGE GLEESON :

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction.....	1
II. Contexte.....	7
III. Question.....	19
IV. Examens de l'article 16 de la Loi sur le SCRS par les tribunaux.....	20
A. Décision <i>Les limites du Canada, CF</i>	21
B. Décision <i>Les limites du Canada, CAF</i>	35
V. Analyse.....	37
A. La preuve.....	40
1) Faits convenus.....	42
2) Déposants du Service.....	43
a) Internet et [***].....	45
b) [***La méthode de collecte proposé***].....	51
3) [***Preuve relative aux particularités de l'information recherchée***].....	62
a) Importance des éléments de preuve sur [***].....	67
4) Conclusions de fait.....	75
B. Incidence de la décision <i>Les limites du Canada, CF</i>	76
C. Interprétation de l'article 16.....	82

(1) The relationship between sections 16 and 21 must be considered.....	82	1) Considération de la relation entre les articles 16 et 21	82
(2) The meaning of “within Canada”.....	95	2) Sens de l’expression « dans les limites du Canada ».....	95
(3) Concluding remarks	110	3) Observations finales.....	110
D. The [***]jurisprudence relating to information accessible through the Internet***].....	115	D. [***La jurisprudence relative à l’accessibilité de l’information par l’entremise de l’Internet***].....	115
(1) [***].....	116	1) [***].....	116
(2) [***].....	121	2) [***].....	121
(3) The [***] jurisprudence does not assist.....	126	3) La jurisprudence relative au principe [***] n’offre pas d’appui	126
VI. Conclusion	131	VI. Conclusion	131

Explanatory Note

This public version of the Court’s judgment and reasons has been redacted to prevent the public disclosure of information that would be injurious to national security and the conduct of international relations or national defence of Canada. The redactions can make it difficult for the reader to appreciate the legal issues raised in this matter. Where appropriate, redacted text has been summarized to assist the reader. This Explanatory Note also seeks to assist the reader by providing an overview of the legal issues at play. This Explanatory Note does not form a part of the Court’s judgment and reasons.

These reasons consider applications by the Canadian Security Intelligence Service (the Service) for warrants pursuant to sections 16 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act). The warrants were sought to enable the Service to provide assistance to a Minister pursuant to section 16 of the CSIS Act. The investigative powers sought in the warrants included the authority to initiate, from a location inside Canada, the collection of information outside Canada (the “investigative powers”).

The Court considered the meaning of the requirement, in section 16 of the CSIS Act, that the Service’s assistance to the Minister be provided “within Canada” and concluded that the use of the investigative powers, in the manner proposed in the applications, did not meet that requirement.

The Court concurred in the analysis of the same issue by Justice Noël in *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 (*X (Re)*).

Note explicative

La version publique du jugement et des motifs de la Cour comporte des passages caviardés pour protéger des informations dont la divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales ou à la défense nationale du Canada. Il se peut que cette mesure rende difficiles à décoder les questions juridiques soulevées en l’espèce. Pour faciliter la lecture là où cela s’impose, ces passages ont été résumés. La présente note, qui offre un aperçu de ces questions juridiques en guise d’aide à la lecture, ne fait pas partie du jugement ni des motifs de la Cour.

Les motifs portent sur des demandes de mandats faites par le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) en vertu des articles 16 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) en vue de pouvoir prêter son assistance à un ministre, comme le prévoit l’article 16 de la Loi sur le SCRS. Les mandats demandés autorisaient notamment le Service à amorcer, depuis un lieu situé au Canada, la collecte d’informations à l’étranger (pouvoirs d’enquête).

La Cour s’est penchée sur la signification de l’exigence, prévue à l’article 16 de la Loi sur le SCRS, voulant que le Service prête son assistance au ministre « dans les limites du Canada ». Elle a conclu que l’exécution des pouvoirs d’enquête de la manière proposée dans les demandes ne respectait pas l’exigence en question.

En ce sens, la Cour a abondé dans le sens de l’analyse effectuée sur cette même question par le juge Noël dans la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 (*X (Re)*).

Also, the Court heard evidence on factual points that were not put in issue before Justice Noël, on the basis of which the Court made a factual finding that the investigative powers would allow for the collection of information in specific and knowable countries (other than Canada). This finding supported the legal conclusion that the use of the investigative powers would not involve assistance to the Minister “within Canada”. This evidence also supported the conclusion that the use of the investigative powers would be a violation of foreign domestic and/or international law and/or the international law principle of non-intervention.

The Court agreed with the conclusion in *X (Re)*: one of the reasons that Parliament imposed, and has maintained, the “within Canada” requirement in section 16 is that Canada’s collection of foreign intelligence in foreign countries could harm Canada’s international relations. The Court found that the evidence in the underlying case — including the fact that the use of the investigative powers would take place in, and violate the domestic laws and/or international law and/or the international law principle of non-intervention in respect of specific foreign countries — made it even more evident that the use of the investigative powers had the potential to cause the harm that Parliament intended to avoid with the “within Canada” requirement.

This finding formed part of the basis upon which the Court found that a body of Canadian jurisprudence dealing with information in foreign jurisdictions was distinguishable, because that jurisprudence did not involve the collection of information in violation of foreign law, international practice or the comity of nations.

I. Introduction

[1] Section 16 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) authorizes the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) to assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs in the collection of information relating to foreign states and persons “within Canada”. Section 21 provides that the Service may seek a warrant from this Court to allow it to perform its duties under section 16.

[2] In *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 (*Within Canada FC*), Justice Simon Noël considered whether the words “within Canada” prevent the Service from

La Cour a aussi entendu des éléments de preuve sur des questions de fait qui n’avaient pas été soulevées devant le juge Noël. Ces éléments de preuve ont permis à la Cour de conclure sur le plan factuel que les pouvoirs d’enquête permettraient la collecte d’informations dans un ou des pays pouvant être identifiés (autre que le Canada). Cette conclusion factuelle est venue appuyer la conclusion juridique selon laquelle cet exercice ne constituerait pas une prestation d’assistance au ministre « dans les limites du Canada », et celle voulant qu’un tel exercice enfreindrait des lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international.

La Cour était d’accord avec la conclusion exprimée dans *X (Re)* : le législateur a inscrit — puis maintenu — l’exigence « dans les limites du Canada » à l’article 16 parce que, notamment, la collecte de renseignements étrangers par le Canada à l’étranger pourrait être préjudiciable à ses relations internationales. Selon la Cour, la preuve en l’espèce (dont le fait que les pouvoirs d’enquête seraient exercés dans un ou des pays étrangers, ce qui enfreindrait des lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international) a fait ressortir davantage que l’exercice des pouvoirs d’enquête était susceptible de causer le préjudice que le législateur avait cherché à éviter au moyen de l’exigence « dans les limites du Canada ».

Se fondant notamment sur cela, la Cour a conclu au caractère distinct d’un ensemble de décisions canadiennes traitant d’informations à l’étranger, parce qu’elles ne concernaient pas les activités de collecte allant à l’encontre de lois étrangères, de pratiques internationales ou de la courtoisie internationale.

I. Introduction

[1] L’article 16 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS) autorise le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) à prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères, « dans les limites du Canada », à la collecte d’informations sur des étrangers ou des États étrangers. L’article 21 prévoit que, pour l’application de l’article 16, le Service peut présenter une demande de mandat à la Cour.

[2] Dans la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 (*Les limites du Canada, CF*) le juge Simon Noël s’est demandé si l’expression « dans les limites du

obtaining a section 21 warrant for investigative activities undertaken pursuant to section 16 where those activities are not carried out entirely within Canada. More specifically the issue before him was whether this Court could authorize [***a collection***]—effected from within Canada—[***for information***] outside Canada.

[3] Justice Noël held that the proposed [***collection***] was contrary to the “within Canada” limitation imposed by Parliament.

[4] The refusal decision was appealed, where it was found that the evidentiary record was inadequate to allow the Federal Court of Appeal to fully consider and address the questions raised. The appeal was dismissed (*Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23 (Re)*, 2018 FCA 207 (*Within Canada FCA*)).

[5] In this application the Service has returned to the Court seeking authority to [***collect the information***] of [***foreign persons***] performing their work in Canada. The Service relies upon an evidentiary record that responds to a series of questions that the [Federal] Court of Appeal identified as bearing directly upon the issues that arise.

[6] I have carefully considered the evidence, including evidence relating to how, and where, the [***collection will occur***]. I too conclude that in the circumstances disclosed, in the manner proposed, this Court lacks the jurisdiction to authorize the collection [***of the information sought***]. My reasons follow.

II. Background

[7] In July 2018, the Minister [***] (Minister) wrote the Minister of Public Safety seeking the assistance of the Service in collecting intelligence relating to the capabilities, intentions and activities of [***a foreign state, group of states, corporation or person***] as required by paragraph 16(3)(b) of the CSIS Act. This assistance has

Canada » empêchait le Service d’obtenir un mandat en vertu de l’article 21 pour mener, au titre de l’article 16, des activités d’enquête qui ne se déroulent pas entièrement dans les limites du Canada. La question dont il était saisi en particulier portait sur la possibilité que la Cour puisse autoriser [***une collecte***] effectuée depuis le Canada, [***pour de l’information***] à l’extérieur du Canada.

[3] Le juge Noël a soutenu que [***la collecte***] proposée allait à l’encontre de la restriction « dans les limites du Canada » imposée par le législateur.

[4] La décision défavorable a été portée en appel. La Cour d’appel fédérale a alors constaté que le dossier de la preuve n’était pas assez étoffé pour lui permettre d’étudier les questions soulevées et de se prononcer. L’appel a donc été rejeté (arrêt *Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)*, 2018 CAF 207 (*Les limites du Canada, CAF*)).

[5] En l’espèce, le Service s’est présenté devant la Cour pour demander l’autorisation [***de collecter des informations***] de [***personnes étrangères***] qui travaillent au Canada. Le Service s’appuie sur un dossier de la preuve qui donne réponse à une série de questions qui, selon la Cour d’appel fédérale, ont une incidence directe sur l’espèce.

[6] J’ai étudié attentivement la preuve, dont les éléments portant sur le mode et le lieu [***de la collecte***]. Je conclus également que, dans les circonstances exposées et au moyen de la technique proposée, la Cour n’a pas compétence pour autoriser la collecte [***des informations recherchées***]. J’expose mes motifs plus loin.

II. Contexte

[7] En juillet 2018, la ministre [***] (ministre) a demandé par écrit au ministre de la Sécurité publique que le Service lui prête son assistance à la collecte de renseignements sur les moyens, les intentions et les activités [***d’un état étranger, d’un groupe d’états, d’une personne morale, ou d’une personne***] conformément

been sought and provided, with limited exceptions, on an annual basis since [***]. In August 2018, the Minister of Public Safety provided the requested consent.

[8] The Service subsequently brought this application seeking warrants pursuant to sections 16 and 21 of the CSIS Act. In doing so, the applicant affirmed that non-warranted techniques would not provide the Service with all required information and expressed the belief that warranted powers were required. The Court had previously granted warrants to enable the Service to collect information relating to the capabilities, intentions or activities of [*** the foreign state, group of states, corporation or person***].

[9] The warranted powers sought included [***] warrant. The [***] warrant authorizes [***] identified in the warrant. This authority is not new, and the Service has [***collected this type of electronic information***] in Canada using this warranted power. Although the Service remains able to intercept and obtain [***information***] of interest, [***some collection is no longer practical using prior methods***].

[10] The [***issue***] confronting the Service in this instance mirrors that which arose in *Within Canada FC* and was succinctly described by Justice Noël [at paragraphs 6–9]:

[***]

Information and intelligence collected, through past section 16 warrants, permitted the Service to provide the Minister with useful information on [***]. It also provided the Service with information concerning [***] of which [***] is deemed essential for the Service to be able to fulfill requests for assistance from the Minister.

[***]

[***]

à l’alinéa 16(3)b) de la Loi sur le SCRS. Cette assistance est demandée et accordée annuellement depuis [***] sous réserve de quelques exceptions. En août 2018, le ministre de la Sécurité publique a donné son consentement.

[8] Par la suite, le Service a présenté la demande de mandats connexe en vertu des articles 16 et 21 de la Loi sur le SCRS, dans laquelle le demandeur a affirmé que les techniques ne nécessitant pas de mandat ne permettraient pas au Service d’obtenir toutes les informations requises et a exprimé sa conviction quant à la nécessité des pouvoirs prévus dans les mandats. Par le passé, la Cour avait décerné au Service des mandats lui permettant de recueillir des informations sur les moyens, les intentions ou les activités [***d’un état étranger, d’un groupe d’états, d’une personne morale, ou d’une personne***].

[9] Les mandats demandés comprenaient un mandat [***] qui autorise [***] mentionné dans le mandat, [***]. Il ne s’agit pas d’un nouveau pouvoir, et le Service [***a collecté ce type d’information électronique***] au Canada. Bien que le Service soit toujours en mesure d’intercepter et d’obtenir [***des informations***] qui l’intéressent, [***il n’est plus pratique d’utiliser des méthodes antérieures pour certaine collecte***]. [***]

[10] [***L’enjeu***] auquel le Service est aux prises en l’espèce ressemble à celui qui a été soulevé dans *Les limites du Canada, CF*, que résume ci-dessous le juge Noël [aux paragraphes 6 à 9] :

[***]

Grâce aux informations et aux renseignements recueillis conformément aux mandats décernés par le passé en vertu de l’article 16, le Service pouvait fournir au ministre des informations utiles sur [***]. Le Service recevait également des informations au sujet de [***] pour lesquelles [***] était jugé essentiel afin que le Service soit en mesure de répondre aux demandes d’assistance du ministre.

[***]

[***]

[11] The Service believes, as was the case in *Within Canada FC*, that [***]. The result is [***]. To address this change [***and collect the information sought***] the Service has identified two [***methods of collection***].

[12] [***The first method is not preferred by the Service***].

[13] [***The second method is the one that the Service seeks authorization to employ and is described in greater detail later in these reasons***].

[14] The Attorney General acknowledges that [***the information may be***] outside of Canada's geographic borders but nonetheless takes the position that the [***proposed method of collection***] occurs "within Canada" as that term is used in section 16 of the CSIS Act. The Court may therefore authorize the [***use of the proposed method of collection***].

[15] The application for warrants was heard on September 12, 2018. I was satisfied that the facts set out in the supporting affidavit and disclosed in the course of the affiant's examination satisfied the requirements identified at subsection 21(3) of the CSIS Act, allowing for the issuance of the requested warrants. I remained seized of the matter for the purpose of determining the "within Canada" question [***for the proposed method of collection***].

[16] To assist the Court in addressing the issue raised, Mr. Gordon Cameron and Ms. Shantona Chaudhury were appointed as *amici curiae (amici)*.

[17] A similar issue arises in [***a contemporaneous application***]. *In the matter of* [***a foreign state, group of states, corporation or person***]. Warrants had previously been issued in [***the contemporaneous application***] and the Attorney General had brought a motion seeking to have the "within Canada" question addressed. To avoid multiple hearings on the same legal issue, the motion was abandoned and the records in *Within Canada FC* and [***], 2018 FCA 207 (*Within Canada FCA*), and [***the contemporaneous application***]

[11] Le Service estime qu'à l'instar de ce qui s'est produit dans *Les limites du Canada, CF*, [***]. Par conséquent, [***]. Pour parer à ce changement et [***collecter les informations recherchées***] le Service pourrait recourir à deux [***méthodes de collecte***].

[12] [***La première méthode n'est pas la préférence du Service***].

[13] [***La deuxième méthode est celle dont le Service cherche une autorisation à employer et est décrite en détail plus loin dans ces motifs***].

[14] Le procureur général du Canada (procureur général) reconnaît que [***les informations peuvent être***] hors des limites géographiques du Canada, mais soutient néanmoins que [***la méthode de collecte proposée***] est utilisée « dans les limites du Canada », aux termes de l'article 16 de la Loi sur le SCRS et que, partant, la Cour peut autoriser [***l'utilisation de cette méthode***].

[15] L'audition de la demande de mandats a eu lieu le 12 septembre 2018. J'ai été convaincu que les faits établis dans l'affidavit à l'appui et présentés par le déposant lors de son interrogatoire respectaient les exigences prévues au paragraphe 21(3) de la Loi sur le SCRS, ce qui m'a permis de décerner les mandats demandés. Je suis demeuré saisi du dossier afin de me prononcer sur la question relative à l'expression « dans les limites du Canada » lorsqu'il [***s'agit de la méthode de collecte proposée***].

[16] Pour aider la Cour à étudier la question soulevée, M. Gordon Cameron et M^{me} Shantona Chaudhury ont été nommés *amici curiae (amici)*.

[17] Une question similaire a été soulevée dans le dossier [***d'une demande simultanée***] qui concerne [***un état étranger, un groupe d'états, une personne morale ou une personne***] dans lequel des mandats avaient déjà été décernés. Le procureur général a présenté une requête visant à régler la question de l'expression « dans les limites du Canada ». Pour éviter la tenue de multiples audiences sur la même question juridique, la requête a été abandonnée; les dossiers *Les limites du Canada, CF*, [***], 2018 FCA 207 (*Les limites du*

were filed, and form part of the record in this proceeding. The Attorney General and the *amici* were notified by way of direction that any material they intended to rely upon from the other records filed was to be specifically drawn to my attention before or during the hearing of oral submissions.

[18] The evidence specific to this matter has addressed [***] in [***the contemporaneous application***] but has otherwise primarily focussed on [the foreign state, group of states, corporation or person at issue***].

III. Issue

[19] The issue before the Court is as follows:

May a judge acting under section 21 of the CSIS Act, on an application for warrants in relation to section 16 of the CSIS Act, authorize persons who are located within Canada to [***use the proposed method of collection to***] obtain [***] information without regard to whether [***the information is***] inside or outside Canada?

IV. Prior judicial treatment of section 16 of the CSIS Act

[20] Prior to addressing the arguments advanced, it will be helpful to summarize the reasons of Justice Noël and the Federal Court of Appeal in *Within Canada FC* and *Within Canada FCA*.

A. *The decision in Within Canada FC*

[21] Justice Noël defines the issue in *Within Canada FC* as whether the proposed [***method of collection***] contradicts the express geographic limitation imposed by section 16 of the CSIS Act. In answering this question, he undertakes a detailed and comprehensive analysis of the meaning of the phrase “within Canada”. He applies the modern or contextual approach to statutory interpretation, noting that the ordinary meaning approach, by itself, is not sufficient when interpreting legislation. Instead, context is paramount. A statutory provision is

Canada, CAF) et [***la demande simultanée***] ont été déposés et font maintenant partie du dossier en l’espèce. J’ai donné au procureur général et aux *amici* la directive de porter spécifiquement à mon attention, avant ou pendant l’audition d’observations orales, tout document tiré des autres dossiers déposés sur lequel ils entendaient se fonder.

[18] La preuve en l’espèce aborde [***] dans [***la demande simultanée***] mais porte surtout sur [***l’état étranger, le groupe d’états, la personne morale ou la personne en cause***].

III. Question

[19] La question dont est saisie la Cour en l’espèce est la suivante :

Un juge saisi d’une demande de mandats faite au titre de l’article 16 de la Loi sur le SCRS peut-il, en vertu de l’article 21 de cette même loi, autoriser des personnes qui se trouvent dans les limites du Canada [***d’utiliser la méthode de collecte proposée pour***] obtenir des informations [***] peu importe [***que les informations soient***] au Canada ou à l’étranger?

IV. Examens de l’article 16 de la Loi sur le SCRS par les tribunaux

[20] Avant d’aborder les arguments présentés, il est utile de résumer les motifs du juge Noël et de la Cour d’appel fédérale dans *Les limites du Canada, CF* et dans *Les limites du Canada, CAF*, respectivement.

A. *Décision Les limites du Canada, CF*

[21] Dans *Les limites du Canada, CF*, le juge Noël circonscrit ainsi la question : [***la méthode de collecte***] proposée [***] contrevient-elle à la restriction géographique imposée expressément à l’article 16 de la Loi sur le SCRS? Pour répondre, il analyse en profondeur la signification de l’expression « dans les limites du Canada ». Appliquant l’approche moderne ou contextuelle aux fins de l’interprétation de la disposition législative, il souligne que l’approche fondée sur le sens ordinaire ne suffit pas à interpréter un texte de loi : le contexte est essentiel.

to be interpreted according to a textual, contextual and purposive analysis that seeks a meaning that is harmonious with the Act as a whole (*Within Canada FC*, at paragraphs 19, 20 and 21 citing Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham: LexisNexis, 2014); *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684, and Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2011)). He also notes that legislation that infringes upon civil liberties, the CSIS Act being such legislation, is to be interpreted cautiously. Investigative powers are to be scrutinized by the courts to ensure judges do not inadvertently authorize the overstepping of the mandate and powers meticulously prescribed by Parliament. The infringement on fundamental liberties is to be minimized and the rule of law respected (*Within Canada FC*, at paragraphs 22–29, citing *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*Associated Data*)). He concludes that the circumscribed and strict mandate of the Service is applicable to not only the Service’s security intelligence functions, but extends to what he describes as the Service’s secondary functions, including foreign intelligence collection in an assistance role under section 16 of the CSIS Act (*Within Canada FC*, at paragraphs 25–29).

[22] In interpreting section 16, Justice Noël engages in the required three part analysis of the words “within Canada”—“*dans les limites du Canada*” in French.

[23] In considering the textual meaning of “within Canada”, Justice Noël concludes that “within”, used in English and “*dans les limites*” used in French clearly and unambiguously reference Canada’s physical and geographical boundaries. The Service’s foreign intelligence collection function is limited to Canada and subject to additional strictly prescribed statutory limitations or parameters (*Within Canada FC*, at paragraph 46). Despite the unambiguous meaning of the phrase, he notes that this textual interpretation is only available if it does not conflict with the broader scheme and objects of the CSIS Act.

L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la loi dans son ensemble (*Les limites du Canada, CF*, aux paragraphes 19 à 21, citant Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham : Lexis Nexis, 2014; *X(Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2011). Il souligne en outre que toute loi qui empiète sur les libertés civiles — notamment la Loi sur le SCRS — doit être interprétée avec circonspection. Les tribunaux doivent examiner avec attention les pouvoirs d’enquête afin qu’un juge n’autorise pas, par inadvertance, que soient outrepassés les fonctions et les pouvoirs méticuleusement prescrits par le législateur. Il y a lieu de minimiser toute atteinte aux libertés civiles et de veiller au respect de la primauté du droit (*Les limites du Canada, CF*, aux paragraphes 22 à 29, citant la décision *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*Données connexes*)). Il conclut que le caractère défini et strict des fonctions du Service s’applique non seulement à celles qui touchent au renseignement de sécurité, mais aussi à ce qu’il décrit comme ses « fonctions secondaires », dont la collecte de renseignements étrangers dans un contexte d’assistance, au titre de l’article 16 de la Loi sur le SCRS (*Les limites du Canada, CF*, aux paragraphes 25 à 29).

[22] Dans son interprétation de l’article 16, le juge Noël effectue l’analyse nécessaire en trois parties de l’expression « dans les limites du Canada » (*within Canada*, en anglais).

[23] En ce qui a trait au sens textuel de l’expression « dans les limites du Canada », le juge Noël conclut que le segment « dans les limites », à l’instar du mot *within* en anglais, est une allusion claire et sans équivoque aux frontières physiques et géographiques du pays. La collecte de renseignements étrangers par le Service se limite au Canada et est assujettie à d’autres limites et paramètres strictement prescrits par la loi (*Les limites du Canada, CF*, au paragraphe 46). Bien que le sens de l’expression soit sans équivoque, le juge Noël souligne tout de même que cette interprétation textuelle n’est valable que si elle n’entre pas en conflit avec l’esprit et l’objet généraux de la Loi sur le SCRS.

[24] In addressing the words within their broader context, Justice Noël analyzes both the scheme of the CSIS Act, including recent legislative amendments, and the legislative history of the Act.

[25] In considering the scheme of the Act, he notes that Parliament limited the geographic scope of the Service's foreign intelligence collection mandate, something it did not expressly do in setting out the Service's primary domestic security intelligence mandate at section 12. He also notes that in 2015, Parliament amended the CSIS Act to, among other things, clearly indicate the Service was authorized to conduct activities abroad in fulfilling its section 12 mandate to investigate threats to the security of Canada (Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts*, 2nd Sess., 41st Parl., 2015 (assented to 23 April 2015), S.C. 2015, c. 9² (Bill C-44)). Justice Noël notes that no similar change was made to section 16 at that time—the “within Canada” limitation was maintained. He concludes that there is a clear intent on the part of Parliament to limit section 16 activities to that which occurs within Canada's borders (*Within Canada FC*, at paragraphs 60–63). In reaching this conclusion he points to (1) the express geographic limitation at section 16; (2) that section 12 contained no such express geographic limitation; (3) in the absence of an express limitation, Parliament nonetheless recently clarified that the section 12 mandate is not geographically limited; and (4) the limitation has been maintained in respect of the section 16 mandate.

[26] In addressing the Act's legislative history Justice Noël highlights the distinction between the security intelligence and foreign intelligence mandates. He identifies the policy reviews that have addressed Canada's foreign intelligence collection requirements over the last almost 40 years, noting numerous proposals to remove the “within Canada” limitation from section 16 of the CSIS Act. He concludes Parliament has consistently

[24] Considérant l'expression dans son contexte élargi, le juge Noël analyse tant le régime de la Loi sur le SCRS, y compris les modifications récemment apportées, que l'historique de cette loi.

[25] Quant au régime de la loi, il souligne que le législateur a restreint, sur le plan géographique, la portée des fonctions de collecte de renseignements étrangers du Service; il n'a pas pris expressément une telle mesure au moment de définir, à l'article 12, la fonction principale du Service, à savoir le renseignement de sécurité au Canada. Il fait aussi remarquer qu'en 2015, le législateur a modifié la Loi sur le SCRS, notamment pour préciser clairement que le Service est autorisé à mener des activités à l'étranger pour s'acquitter de ses fonctions visées à l'article 12, à savoir enquêter sur des menaces pour la sécurité du Canada (Projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*, 2^e sess., 41^e lég. 2015 (sanctionné le 23 avril 2015), L.C. 2015, ch. 9² (projet de loi C-44)). Le juge Noël fait remarquer qu'aucune modification de même nature n'a alors été apportée à l'article 16 : la restriction « dans les limites du Canada » est demeurée en place. Il conclut que le législateur avait clairement l'intention de restreindre les activités menées au titre de l'article 16 à celles qui se déroulent dans les frontières du Canada (*Les limites du Canada, CF*, aux paragraphes 60 à 63). Pour en arriver à cette conclusion, il souligne 1) que l'article 16 prévoit expressément une restriction géographique, 2) que l'article 12 n'en prévoit pas, 3) que, malgré l'absence d'une restriction expresse, le législateur a tout de même précisé récemment qu'aucune restriction géographique ne s'applique aux fonctions conférées au Service en vertu de l'article 12, et 4) que la restriction prévue à l'article 16 a été conservée.

[26] En ce qui a trait à l'historique législatif de la Loi sur le SCRS, le juge Noël souligne la distinction qui existe entre les fonctions du Service en matière de renseignement de sécurité et de renseignement étranger. Il recense les examens de politiques qui ont porté sur la nature des besoins du Canada en matière de collecte de renseignements étrangers au cours des quelque 40 dernières années. Il constate qu'il a été suggéré à de

2 *Protection of Canada from Terrorists Act.*

2 *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes.*

“reconfirmed its intention to restrict foreign collection to within Canada.... reflect[ing] the clear intention of Parliament to ensure that the collection of foreign information and intelligence occurs solely in Canada” (*Within Canada FC*, at paragraph 100).

[27] In considering section 16 in a manner that is consistent with Parliament’s purpose for having enacted the CSIS Act, Justice Noël acknowledges that Canada has a material interest in the [***electronic information***]. However, he concludes that interest cannot lead one to an interpretation of section 16 that allows [***the collection of information***] outside Canada [***by using the proposed collection method].

[28] Justice Noël accepts that interpreting section 16 to exclude the collection, by the Service, of information [***outside Canada***] highlights a gap as between the foreign intelligence collection mandates of the Service and the Communications Security Establishment. He finds this gap has always existed, but acknowledges developments in technology have exacerbated it. The collection gap he finds is an insufficient basis upon which to adopt a purposive interpretation of section 16 that is inconsistent with the plain meaning of the words and the intent of Parliament as revealed in the prior two prongs of the interpretative analysis.

[29] Similarly, he finds that the changing nature of [***] and the use of modern technology do not lead to a different interpretation of section 16. Citing extrinsic evidence, he finds Parliament clearly did not intend that section 16 be interpreted in a manner that permitted the conduct of foreign intelligence operations abroad. The legislative history demonstrates that the geographic limitation was intended to mitigate potential political, moral and diplomatic risks linked to foreign intelligence collection, activities that might be contrary to international and foreign domestic law. He finds section 16 represents Parliament’s middle ground between Canada’s interest in

nombreuses reprises que la restriction « dans les limites du Canada » de l’article 16 soit supprimée et conclut que le législateur a constamment « réitéré son intention de restreindre aux limites du Canada les activités de collecte de renseignements étrangers. [Cela] représente l’intention claire du Canada de garantir que la collecte d’information et de renseignement étrangers se produise uniquement au Canada » (*Les limites du Canada, CF*, au paragraphe 100).

[27] Considérant l’article 16 d’une manière qui concorde avec l’objectif qu’avait le législateur au moment d’adopter la Loi sur le SCRS, le juge Noël reconnaît que le Canada a un intérêt important à l’égard [***d’information électronique***] mais que cet intérêt ne saurait mener à une interprétation pour laquelle l’article 16 autoriserait [***la collecte d’information***] à l’extérieur du Canada [***utilisant la méthode de collecte proposée***].

[28] Le juge Noël convient qu’interpréter l’article 16 de manière à exclure la collecte, par le Service, d’informations [***à l’extérieur du Canada***] met en relief l’écart entre les fonctions du Service et du Centre de la sécurité des télécommunications en ce qui a trait à la collecte de renseignements étrangers. Reconnaisant que cet écart a toujours été, il reconnaît toutefois que l’évolution de la technologie est venue le creuser. Partant, il estime que l’écart en matière de collecte ne suffit pas à fonder une interprétation téléologique de l’article 16 qui ne concorde pas avec le sens ordinaire du libellé ni l’intention du législateur, comme l’ont révélé les deux premiers volets de l’analyse interprétative.

[29] De même, il conclut que l’évolution de la nature de la [***] et le recours à la technologie moderne ne mènent pas à une interprétation différente de l’article 16. Citant des éléments de preuve extrinsèques, il est d’avis que le législateur ne souhaitait manifestement pas que l’article 16 soit interprété de manière à autoriser la collecte de renseignements étrangers à l’extérieur du Canada. Le parcours législatif de la Loi sur le SCRS montre que la restriction géographique avait pour but d’atténuer les risques politiques, moraux et diplomatiques de la collecte de renseignements étrangers, une activité susceptible de contrevenir à des lois

obtaining high quality foreign intelligence at home and abroad, and Canada's interest in protecting its diplomatic relations and international reputation. Covert activities that could have the result of damaging Canada's diplomatic relations and international reputation run contrary to Parliament's intent to limit foreign intelligence collection to "within Canada".

[30] Justice Noël finds that the purposive interpretation advanced by the Attorney General that supports the presence of an extraterritorial dimension when providing assistance from "within Canada" could open the door to covert activities such as hacking and cyber espionage. Such activity would go well beyond the purpose Parliament had intended for section 16 and expose Canada to the very risks posed by foreign intelligence collection that Parliament sought to mitigate through section 16.

[31] Parliament's failure to pursue any amendment to the geographic limitation contained in section 16 when, in 2015, it amended the CSIS Act (Bill C-44) to clarify the Service's section 12 mandate undermines any suggestion Parliament was unaware of or unable to anticipate technological change when it originally enacted section 16. Justice Noël concludes that the Attorney General's purposive interpretation of section 16 might well reflect compelling reasons to amend the CSIS Act, but the arguments advanced do not allow the Court to ignore the clear words of the statute or to detract from the purpose for which the provision was enacted.

[32] Justice Noël also relies upon international law and the principles of statutory interpretation holding that domestic legislation is presumed (1) to conform with international law and (2) not to apply extraterritorially. He finds that these principles support his conclusions, there being no evidence to rebut these principles of statutory interpretation. He acknowledges and accepts the merits of jurisprudence recognizing the borderless nature

internationales et étrangères. À son avis, en l'article 16, le législateur a trouvé un juste milieu entre les intérêts du Canada eu égard, d'une part, à l'obtention de renseignements étrangers de grande qualité au pays et à l'étranger et, d'autre part, à la protection de ses relations diplomatiques et de sa réputation internationale. Des activités cachées qui viendraient nuire aux relations diplomatiques du Canada et entacher sa réputation internationale iraient à l'encontre de l'intention du législateur de limiter la collecte de renseignements étrangers « dans les limites du Canada ».

[30] Le juge Noël constate que l'interprétation téléologique avancée par la procureure générale, qui appuie l'existence d'un élément extraterritorial dans la prestation d'assistance amorcée « dans les limites du Canada », pourrait ouvrir la voie à des activités cachées telles que le piratage ou le cyberespionnage, activités qui outrepassent de beaucoup l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'article 16 et qui exposent le Canada aux risques liés à la collecte de renseignements étrangers que le législateur souhaitait atténuer grâce à l'article 16.

[31] Il va de soi qu'en 2015, en décidant de ne pas toucher à la restriction géographique prévue à l'article 16 lorsqu'il a modifié la Loi sur le SCRS (projet de loi C-44) pour préciser les fonctions conférées au Service en vertu de l'article 12, le législateur était parfaitement conscient de l'évolution de la technologie depuis l'adoption de cette disposition législative, et était en mesure de l'anticiper. Le juge Noël conclut que l'interprétation téléologique de l'article 16 proposée par la procureure générale pourrait constituer un argument convaincant pour justifier la modification de la Loi sur le SCRS, mais qu'elle ne permet pas à la Cour de faire fi du libellé précis de la loi ni de l'objectif pour lequel la disposition législative a été adoptée.

[32] Le juge Noël s'appuie également sur le droit international et sur les principes d'interprétation des lois selon lesquels une loi interne est réputée 1) conforme au droit international et 2) ne pas avoir d'application extraterritoriale. Il estime que ces principes appuient ses conclusions, car aucun élément de preuve ne permet de réfuter ces principes d'interprétation des lois. Il reconnaît et accepte le bien-fondé de la jurisprudence qui traite de

of the Internet, but rejects the notion that the principles expressed extend so far as to encompass [***] (*Within Canada FC*, at paragraph 145).

[33] Finally, Justice Noël addresses the argument that the [***collection***] is occurring “within Canada” because [***some aspects of the collection***] occur within Canada, what he refers to as the [***] argument. He rejects this on the basis that [***other aspects of the collection***] occur outside Canada in the territory of [***a foreign state***]. He distinguishes jurisprudence that relies on [***]. That presumption cannot be rebutted where Parliament has expressly limited the collection activity to “within Canada”.

[34] Justice Noël concludes by acknowledging the information at issue does, at law, have [***more than one point of geographic importance]. However, he concludes context may result in [***these points***] being of differing legal significance and this must inform the analysis. In the case of [***the proposed collection of electronic information***], the legally consequential action occurs [***outside Canada]. Although the [***process***] is initiated from Canada, the legally consequential actions, [***the collection of information***] occurs in a foreign jurisdiction. Justice Noël concludes that orchestrating [***the collection***] from Canada does not change the character of what is being done, a covert collection activity [***outside Canada***] that is inconsistent with section 16 of the CSIS Act.

B. *The decision in Within Canada FCA*

[35] The Attorney General appealed the judgment insofar as it refused the authority to [***collect information***] outside of Canada. The Attorney General took the position on appeal that the application had been mischaracterized, the CSIS Act misinterpreted and the jurisprudence relied upon by the Attorney General was improperly distinguished.

la nature exempte de frontières d’Internet, mais rejette la notion voulant que les principes exprimés englobent [***] (*Les limites du Canada, CF*, au paragraphe 145).

[33] Enfin, le juge Noël se penche sur l’argument selon lequel [***la collecte***] se déroule « dans les limites du Canada », parce [***que certains aspects de la collecte***] sont posés dans les limites du Canada. Il rejette cet argument, [***] car [***d’autres aspects de la collecte***] se déroulent à l’extérieur du Canada, sur le territoire [***d’un état étranger***]. Il fait ressortir la jurisprudence relative au [***]. La présomption ne saurait être réfutée si le législateur a expressément circonscrit l’activité de collecte aux « limites du Canada ».

[34] En conclusion, le juge Noël reconnaît qu’en droit, les informations en question ont [***plus qu’un point géographique important***]. Il constate toutefois qu’en fonction du contexte, [***ces points***] peuvent ne pas avoir la même importance sur le plan juridique, ce qui doit être pris en considération dans l’analyse. Les conséquences juridiques [***de la méthode de collecte d’information électronique proposée***] sont subies [***à l’extérieur du Canada***]. Bien que [***le processus***] soit lancée depuis le Canada, les actions ayant des conséquences juridiques — [***la collecte d’information***] — se déroulent à l’étranger. Le juge Noël conclut que le fait d’orchestrer [***la collecte***] depuis le Canada ne change pas, en substance, l’acte accompli, soit une activité de collecte cachée [***à l’extérieur du Canada***] ce qui est incompatible avec l’article 16 de la Loi sur le SCRS.

B. *Décision Les limites du Canada, CAF*

[35] La procureure générale a porté le jugement en appel, dans la mesure où il signifiait le refus d’autoriser [***la collecte d’information***] à l’extérieur du Canada. En appel, la procureure générale a soutenu que la demande avait été mal caractérisée, que la Loi sur le SCRS avait été mal interprétée, et que la jurisprudence sur laquelle elle s’était fondée avait été incorrectement distinguée.

[36] In dismissing the appeal, Justice Laskin notes a number of issues were raised that could potentially require consideration. However, he concludes the evidentiary record was insufficient to allow the issues to be properly addressed, despite a request from the designated judge for evidence that would clearly and explicitly describe what was happening (*Within Canada FCA*, at paragraphs 5 and 29). In dismissing the appeal, he notes that doing so does not foreclose the possibility a future application might advance sufficiently specific information to demonstrate the authority sought is consistent with section 16 of the CSIS Act. He identifies a series of 13 questions, all, or many of which, bear directly on the issues [at paragraphs 30–31]:

For example, the evidence leaves the following questions, among others, unanswered:

- the nature of [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]

These—or at a minimum many of these—matters bear directly on issues that we are asked to consider in this appeal.

[36] Dans son rejet de l’appel, le juge Laskin souligne qu’un ensemble de questions avaient été soulevées, qu’il pourrait y avoir lieu d’examiner. Toutefois, il conclut que le dossier de la preuve n’était pas assez étoffé pour permettre d’étudier adéquatement ces questions, et ce, même si le juge désigné avait demandé des éléments de preuve qui expliqueraient clairement et explicitement ce qui se passait (*Les limites du Canada, CAF*, aux paragraphes 5 et 29). Il ajoute que le rejet de l’appel n’empêche en rien qu’une future demande puisse comporter suffisamment d’informations précises pour montrer que les pouvoirs demandés sont conformes à l’article 16 de la Loi sur le SCRS. Il recense 13 questions dont une grande partie — voire la totalité — avait une incidence directe sur les enjeux dont était saisie la Cour [aux paragraphes 30–31]:

À titre d’exemple, la preuve laisse sans réponse les questions suivantes, entre autres.

- En quoi consiste la [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]
- [***]

Ces questions ou, au minimum, nombre d’entre elles, ont une incidence directe sur les enjeux dont est saisie la Cour en l’espèce.

V. Analysis

[37] The Attorney General submits that the record and the applicable jurisprudence require that the Court conclude the [***proposed collection method***] takes place “within Canada”. He submits that whether the issue is considered from the perspective of jurisdiction, statutory interpretation or as a question of fact, the Court must conclude [***the proposed collection method***] can be authorized.

[38] The *amici* submit that the [***proposed collection method***] cannot be properly characterized as occurring within Canada. However, even if it could, the *amici* argue [***the proposed collection method***] is contrary to foreign and international law. The *amici* submit that in the absence of an express legislative basis upon which to act without regard to foreign or international law, this Court lacks jurisdiction to authorize the [***proposed collection method***].

[39] Recognizing the evidentiary gaps identified by the [Federal] Court of Appeal in *Within Canada FCA*, I will first review the evidence in some detail and set out my key findings of fact.

A. *The Evidence*

[40] To begin, I again note that this issue also arises in [***the contemporaneous application***], involving [***a foreign state, group of states, corporation or person***]. Although that record is before me, the evidence in this matter has focussed on [the foreign state, group of states, corporation or person at issue***]. In my view the evidence as it relates to [***the foreign state, group of states, corporation or person at issue***] is, in all meaningful respects, consistent with the circumstances as they relate to [***the contemporaneous application***]. The Attorney General has not suggested otherwise and any differences do not impact on the conclusions I have reached.

V. Analyse

[37] Le procureur général soutient qu’en raison du dossier et de la jurisprudence applicable, la Cour n’a d’autre choix que de conclure que [***la méthode de collecte proposée***] se déroule « dans les limites du Canada ». À son avis, la Cour doit conclure que [***la méthode de collecte proposée***] peut être autorisée, peu importe qu’elle examine la question sous l’angle de la compétence, de l’interprétation de la loi ou d’une question de fait.

[38] D’après les *amici*, il est impossible d’affirmer à juste titre que [***la méthode de collecte proposée***] se déroule dans les limites du Canada. Ils ajoutent que, même si c’était le cas, [***la méthode de collecte proposée***] contrevient à des lois étrangères et internationales. Ils soutiennent qu’en l’absence d’un fondement législatif exprès permettant d’agir sans égard aux lois étrangères ou internationales, la Cour n’a pas compétence pour autoriser le recours [***à la méthode de collecte proposée***].

[39] Reconnaisant les lacunes dans la preuve relevées par la Cour d’appel [fédérale] dans *Les limites du Canada, CAF*, je vais d’abord examiner la preuve de façon assez détaillée avant d’établir mes principales constatations quant aux faits.

A. *La preuve*

[40] D’entrée de jeu, je souligne de nouveau que ces questions ont aussi été soulevées dans le dossier [***d’une demande simultanée***] qui porte sur [***un état étranger, un groupe d’états, une personne morale ou une personne***]. Bien que je sois saisi de ce dossier, la preuve en l’espèce est axée sur [***l’état étranger, le groupe d’états, la personne morale, ou la personne en cause***]. À mon avis, à tous égards importants, les éléments de preuve concordent, qu’ils aient trait à [***l’état étranger, le groupe d’états, la personne morale, ou la personne en cause***] ou à [***la demande simultanée***]. Le procureur général n’a pas manifesté de désaccord à ce propos, et les différences éventuelles n’ont pas d’incidence sur mes conclusions.

[41] I further note that although the record before me is more detailed and specific than that which was before the Court in *Within Canada FC*, it is broadly consistent with that which was before Justice Noël.

(1) Agreed facts

[42] The *amici* and the Attorney General have agreed that:

The Court can reasonably infer that the collection of information in the manner described in the question before the Court will violate [***foreign domestic and/or international law and/or the international law principle of non-intervention***] over the location in which [***aspects of the collection will occur***].

(2) The Service affiants

[43] Three affidavits were filed in support of the application. The affidavit of [***the affiant***] as elaborated upon in the course of *viva voce* evidence, details how the Service proposes to collect information [***]. I need only summarize [***the affiant's***] evidence, and do so below.

[44] [***The affiant***] is currently the supervisor of [***] within the Service's [***] Branch, [***]. Her evidence is focused on two areas. First, she addresses data flow on the Internet [***] how users access that data, and how [***]. Secondly, she describes how the Service proposes to [***collect information***].

(a) **The Internet and [***]**

[45] [***The affiant***] describes the Internet as a network consisting of a series of electronic devices (including computers and mobile devices) and network equipment [devices] connected by various wired and wireless connections. These devices receive, transmit, and interpret electronic signals to accomplish tasks, some which occur in the background and are not apparent to a user of the Internet or the connected device.

[41] J'ajoute que, même si le dossier qui m'a été remis est plus détaillé et précis que celui dans *Les limites du Canada, CF*, il concorde dans l'ensemble avec ce dont disposait le juge Noël.

1) Faits convenus

[42] Les *amici* et le procureur général se sont entendus sur l'énoncé suivant :

La Cour peut raisonnablement inférer que la collecte d'informations, effectuée de la manière décrite dans la question dont est saisie la Cour, constituera une infraction aux [***lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international***] dont relève l'endroit où [***les aspects de la collecte se produiront***].

2) Déposants du Service

[43] Le Service a déposé trois affidavits en appui à la demande. Celui de [***la déposante***], comme il en a été question plus en détail au cours de son témoignage de vive voix, porte sur la manière dont le Service propose de recueillir des informations [***]. Je donne ci-dessous un simple résumé de son témoignage.

[44] [***La déposante***] est la superviseuse de [***] à la Direction [***] du SCRS, [***]. Les éléments de preuve qu'elle a apportés comportent deux volets. En premier lieu, ils traitent de la circulation des données sur Internet : [***] la façon d'accéder à ces données par l'utilisateur ainsi que [***]. Ils portent ensuite sur la manière dont le Service entend [***collecter l'information***].

a) **Internet et [***]**

[45] Selon la description qu'en fait [***la déposante***], Internet est un réseau qui se compose d'une série d'appareils électroniques (notamment des ordinateurs et des appareils mobiles) et de pièces d'équipement de réseau (appareils) interreliés par des dispositifs filaires et sans fil. Ces appareils reçoivent, transmettent et interprètent des signaux leur permettant d'accomplir des tâches, dont certaines se déroulent en arrière-plan

These background tasks include the routing of requests for and the transmission of information that allows Internet users to do such things as view websites, use social media, engage in online banking or shopping, and send or receive email.

[46] Each device has its own unique Internet Protocol (IP) address that facilitates the flow of information to the correct destination device. Users need not know individual IP addresses to access a device that contains information of interest. Instead, a user will access a webpage through a web browser by naming the webpage or website. The device and network will associate the website name with the correct IP address. Accessing information over a network does not allow a user to determine where the accessed information was stored or located. No special technical knowledge of the Internet and how it functions is needed to engage in any of these activities.

[47] Connections are made between devices using specific protocols. Any Internet-connected device can query another Internet-connected device, the request being routed through the Internet to the IP address being queried. The receiving device will determine if and how to respond. A negotiation process ensues, referred to as a “handshake”. The handshake forms the basis of establishing communications between devices. This all occurs without human intervention.

[48] [***A discussion of evidence on Internet technology, including the manner in which electronic information is transmitted, stored, and accessed***].

[49] [***A discussion of evidence on Internet technology, including the matter in which electronic information is transmitted, stored, and accessed***].

et ne sont pas apparentes pour l'utilisateur d'Internet ou de l'appareil connecté. Ces tâches d'arrière-plan comprennent l'acheminement des demandes d'informations et la transmission des informations qui permettent à l'utilisateur, par exemple, de consulter des sites Web, d'utiliser les médias sociaux, de faire des opérations bancaires ou commerciales en ligne ainsi que de recevoir et d'envoyer des courriels.

[46] Chaque appareil comporte une adresse IP (protocole Internet) unique qui facilite la circulation d'informations vers le bon appareil destinataire. L'utilisateur n'a pas besoin de connaître les adresses IP pour accéder à un appareil contenant les informations qui l'intéressent. Il utilise plutôt un navigateur Web pour consulter des pages Web, et ce, grâce au nom de la page ou du site Web. L'appareil et le réseau effectueront le jumelage entre le nom du site Web et la bonne adresse IP. Le fait d'accéder à des informations par l'entremise d'un réseau ne permet pas à l'utilisateur de déterminer où elles sont stockées ni où elles se trouvent. Aucune de ces activités ne requiert de connaissances techniques particulières de l'Internet et son fonctionnement.

[47] Des protocoles précis servent à établir la connexion entre des appareils. Tout appareil connecté à Internet peut présenter une requête à un autre appareil connecté : la requête est acheminée par Internet à l'adresse IP ainsi recherchée. L'appareil qui la reçoit déterminera s'il y a lieu de répondre et, dans l'affirmative, comment le faire. S'ensuit un processus de négociation, la « prise de contact », qui sous-tend l'établissement de communications entre les appareils. Rien de tout cela ne requiert d'intervention humaine.

[48] [***Une discussion des preuves relatives à la technologie d'Internet, y compris la manière dont l'information électronique est transmise, enregistrée et stockée***].

[49] [***Une discussion des preuves relatives à la technologie d'Internet, y compris la manière dont l'information électronique est transmise, enregistrée et stockée***].

[50] [***A discussion of evidence on Internet technology, including the manner in which electronic information is transmitted, stored, and accessed***].

(b) **The [*** proposed collection method ***]**

[51] [***Based on its review of the matter, the Service has determined some but not all of the particulars of the information it seeks***].

[52] [***The Service proposes to gain access to the information it seeks using the proposed method within Canada***].

[53] [***Description of the proposed collection method***]. [***] The information collected would be that which responds to the Minister of Foreign Affairs' or the Minister of National Defence's request for assistance and may include all of the types of information described above.

[54] Alternatively the Service may [***Description of the proposed collection method***].

[55] [***Description of the proposed collection method***].

[56] [***Description of the proposed collection method***].

[57] [***Description of the proposed collection method***].

[58] [***Description of the proposed collection method***].

[59] The [***proposed collection method***] accesses the information [***] of interest while it is [***] [***The proposed collection method***] does not involve [***].

[60] [***Description of the proposed collection method***].

[50] [***Une discussion des preuves relatives à la technologie d'Internet, y compris la manière dont l'information électronique est transmise, enregistrée et stockée***].

b) **[***La méthode de collecte proposée***]**

[51] [***En se fondant sur la revue de l'affaire, le Service a identifié certains, mais pas toutes les particularités qu'il cherchait, au sujet de l'information***].

[52] [***Le Service propose d'accéder l'information recherchée en utilisant la méthode proposée***].

[53] [***Description de la méthode de collecte proposée***]. [***] Les informations ainsi recueillies seraient celles qui permettent de répondre à la demande d'assistance du ministre des Affaires étrangères ou de la Défense nationale. Il peut s'agir de tous les types d'informations susmentionnés.

[54] Le Service peut procéder autrement, c'est-à-dire [***Description de la méthode de collecte proposée***].

[55] [***Description de la méthode de collecte proposée***].

[56] [***Description de la méthode de collecte proposée***].

[57] [***Description de la méthode de collecte proposée***].

[58] [***Description de la méthode de collecte proposée***].

[59] [***La méthode de collecte proposée***] permet d'accéder à des informations [***] d'intérêt [***] la méthode de collecte proposée***] ne s'agit pas [***].

[60] [***Description de la méthode de collecte proposée***].

[61] [***Description of the proposed collection method***].

- (3) [***Evidence relating to the particulars of the information sought***]

[62] [***] was not addressed in [***the affiant's***] affidavit. However, she was examined on the issue by the *amici*.

[63] [***The affiant***] described [***] as [***the affiant***] agreed that [***].

[64] The *amici* placed a series of documents before her (Exhibits A-2 to A-13) that address [***the particulars of the information the Service seeks***]. These documents included a series of open source media reports and [***] documents indicating that [***].

[65] [***The affiant***] indicated she was unaware of this information and did not come across it in the course of her research. She acknowledged that, on the basis of documentation, it was likely the [***] but this could not be verified by her:

A. I can't comment on the accuracy of the information published. I don't have any way to verify it myself.

Q. Okay, thank you. You don't have any way of verifying it yourself, but do you have some reason to revisit your statement in your affidavit that the Service [***cannot verify the particulars of the information it seeks***]?

A. We still don't have a way to verify this. It looks very likely from all of these articles that [***] but I don't have a way to verify that information.

Q. Can you look at paragraph 26 of your affidavit? Because I'm going to ask you to think about your answer to that question again. Do you have paragraph 26 there?

[61] [***Description de la méthode de collecte proposée***].

- 3) [***Preuve relative aux particularités de l'information recherchée***]

[62] [***La déposante***] n'a pas abordé [***] dans son affidavit. Toutefois, les *amici* l'ont interrogée à ce propos.

[63] Selon la description qu'en a faite [***la déposante***] s'entend de [***] [***La déposante***] a reconnu que [***].

[64] Les *amici* ont soumis à l'attention de [***la déposante***] une série de documents (pièces A-2 à A-13) portant sur [***les particularités de l'information recherchée par le Service***]. Il s'agit notamment d'une série de reportages médiatiques et de documents [***] précisant les éléments suivants : [***].

[65] [***La déposante***] a affirmé que ses recherches ne lui ont pas permis d'apprendre ces informations qui, a-t-elle reconnu, permettent de présumer que les [***] ce qu'elle n'a pas pu vérifier :

[TRADUCTION]

R. Je ne peux pas me prononcer sur l'exactitude des informations publiées. Je n'ai aucun moyen de les vérifier par moi-même.

Q. D'accord, je vous remercie. Vous n'avez aucun moyen de les vérifier par vous-même. Toutefois, avez-vous des raisons de revenir sur la déclaration que vous avez faite dans votre affidavit, selon laquelle le Service [***ne peut pas vérifier les particularités de l'information recherchée***]?

R. Nous n'avons toujours aucun moyen de vérifier cela. À en juger par tous ces articles, il semble très probable [***] Mais je n'ai aucun moyen de vérifier ces informations.

Q. Pouvez-vous jeter un coup d'œil au paragraphe 26 de votre affidavit? Parce que je vais vous demander de repenser à votre réponse à cette question. Avez-vous le paragraphe 26 devant vous?

A. I do, yes.

Q. You use almost identical language for [***] as a matter of fact, it might be identical language—[***] And the language you use is that, although [***] and I'm reading from the middle of paragraph 26:

[***]

And I'm just asking, wouldn't you qualify that, given the information you've just been shown over the last hour? Would you still say that there is no practical way of verifying [***the particulars of the information sought***]?

A. I would stand behind my statement that I don't have a way to verify it. Given the information you've presented here, I would certainly be in a position to strengthen the statement here saying it is likely that [***] but I cannot verify it.

Q. Okay. I think we'll have to leave that, and I'll move on to another point. [Emphasis added.]

[66] [***The affiant***] also acknowledged that although not true in all instances, [***]

JUSTICE GLEESON: Now, then, I'm still on paragraph 37 [of [***the affiant's***] affidavit]. And the next sentence makes reference to:

[***]

In the context of the discussion that you had with Mr. Cameron this morning [***] is that a statement that you would continue to maintain?

THE WITNESS: Given the information we discussed here today, there are certainly some who [***]

In a generic sense, [***] but some of them certainly do.

JUSTICE GLEESON: And you had spoken earlier today in your evidence about [***]

THE WITNESS: Yes.

JUSTICE GLEESON: Would [***] in your view or opinion fall within the category of [***]

R. Oui, je l'ai.

Q. Les propos que vous utilisez au sujet de [***] sont presque les mêmes – ils sont identiques, pourrait-on soutenir – que ceux que vous tenez à l'égard de [***] respectivement. Ce que vous dites, c'est que même si [***]. Je lis un extrait du milieu du paragraphe 26 :

[***]

Je vous le demande : compte tenu des informations qui vous ont été présentées au cours de la dernière heure, maintiendriez-vous qu'il n'existe en pratique aucun moyen de vérifier [***les particularités de l'information recherchée***]?

R. Je maintiens ma déclaration : je n'ai aucun moyen de vérifier. Compte tenu des informations que vous m'avez présentées, je pourrais certainement renforcer mes propos, affirmer qu'il est probable que [***] mais il m'est impossible de le vérifier.

Q. D'accord. Je crois qu'il nous faut passer à un autre sujet. [Non souligné dans l'original.]

[66] [***La déposante***] a aussi reconnu [***] bien que ce ne soit pas vrai dans tous les cas :

[TRADUCTION]

LE JUGE GLEESON : D'accord. J'en suis encore au paragraphe 37 [de l'affidavit de [***la déposante***]. Selon la phrase suivante :

[***]

À la lumière de votre discussion de cet avant-midi avec M. Cameron [***] est-ce une affirmation que vous maintenez?

LE TÉMOIN : Compte tenu des informations dont nous avons discuté aujourd'hui, il y en a certainement quelques-unes qui en [***]

En général, [***] mais c'est le cas de certains.

LE JUGE GLEESON : Vous avez abordé plus tôt, dans votre témoignage [***]

LE TÉMOIN : Oui.

LE JUGE GLEESON : À votre avis, ces [***] font-ils partie [***]

THE WITNESS: Yes.

JUSTICE GLEESON: And presumably you would consider [***] as [***]

THE WITNESS: I would.

(a) **The significance of the [***] evidence**

[67] The Attorney General asserts the evidence relating to [***] is of little value in addressing the issue before the Court. He submits that the [***] documents simply demonstrate [***] and the evidence offers no certainty that [***]. Secondly, the Attorney General notes that the Service is in no position to verify the truth of the claims made in the documentary evidence, including those relating to [***the particulars of the information it seeks***]. He submits that any suggestion that the Service must attempt to verify [***the particulars relating to the information sought***] would impose an impossible burden given the wide array of possibilities [***for information on the Internet***].

[68] The suggestion that the [***] evidence is only of value if [***all the particulars of the information***] can be “verified” and that verification imposes an impossible burden on the Service is simply not tenable.

[69] In seeking warrants, the Service has a duty to place all reasonably available relevant information before the Court. In fulfilling this obligation, the Service must go beyond providing the Court with information known to, or within the possession of, the Service. The duty also requires that reasonable inquiries be undertaken to ensure the Court is provided with all reasonably available and relevant information where warrants are sought on an *ex parte* basis. While fulfilment of this duty can be difficult, it must be remembered that it is for the Court to determine the relevant facts (*Review of CSIS Warrant Practice*, Murray D. Segal, December 2016, at pages 30 and 31).

LE TÉMOIN : Oui.

LE JUGE GLEESON : Peut-on présumer que vous considérez [***] comme des [***]

LE TÉMOIN : C’est le cas.

a) **Importance des éléments de preuve sur [***]**

[67] Le procureur général soutient que les éléments de preuve relatifs [***] n’ont que peu d’utilité eu égard à la question dont est saisie la Cour. À son avis, les documents [***] reflètent simplement [***] et rien dans la preuve ne permet d’assurer que [***]. Le procureur général souligne ensuite que le Service n’est pas en mesure de vérifier la véracité des affirmations dont fait état la preuve documentaire, notamment en ce qui a trait [***aux particularités de l’information recherchée***]. À son avis, laisser entendre que le Service serait tenu de vérifier [***toutes les particularités relatives à l’information recherchée***] imposerait un fardeau insupportable, compte tenu du grand nombre de possibilités relatives [***à l’information sur l’Internet***].

[68] L’argument selon lequel les éléments de preuve sur [***] ne sont utiles que si [***toutes les particularités de l’information***] peut être vérifié, vérification qui impose au Service un fardeau insupportable, est tout simplement indéfendable.

[69] Lorsqu’il fait une demande de mandats, le Service est tenu de fournir à la Cour, dans la mesure du raisonnable, toute information utile. Pour s’acquitter de cette obligation, le Service ne peut pas se contenter de lui présenter les informations qu’il connaît ou qu’il a en sa possession. Une demande présentée *ex parte* implique de procéder à des recherches, encore une fois dans la mesure du raisonnable, pour que la Cour puisse disposer de toute information utile disponible. Bien qu’il puisse être ardu de s’acquitter d’une telle obligation, il est nécessaire de garder à l’esprit qu’il incombe à la Cour de décider des faits pertinents (*Murray D. Segal, Examen du processus de demande de mandats au SCRS*, décembre 2016, à la page 36).

[70] In this instance, evidence that [***relates to the particulars of the information sought***] is of potential relevance. This is highlighted by the content of [***the affiant's***] affidavit, which makes numerous generalized references to the fact that [***not all the particulars of the information are knowable***] and that the research undertaken only allows one to conclude with any certainty that [***].

[71] The [***] evidence speaks to these very issues. Evidence need not be verified beyond all doubt before it may be of value to the Court. Where evidence does not establish a fact with absolute certainty, or the Service prefers a certain view of the evidence be taken, it may make those representations and submissions to the Court. The Service's duty is to make all reasonable inquiries in respect of the issues raised in an application and to put the result of those inquiries before the Court. While I have had the benefit of the [***] evidence in addressing the issues here, it is unfortunate that the inquiries needed to identify the evidence were pursued by the *amici* and not initially undertaken by the Service.

[72] The [***] evidence demonstrates that [***] (see Exhibit A-1, at page 2). This evidence discloses [***] and demonstrates that [***] (see Exhibit A-1, at page 2).

[73] In the absence of the [***] evidence, [***the affiant***] noted in her affidavit that she expects [***]. In light of that evidence, she then acknowledged that [***].

[74] I acknowledge that [***the affiant***] has testified that she is not in a position to verify that [***] are in fact consistent with the [***] evidence. However, that evidence is internally consistent; it is not inconsistent with any other evidence before the Court including the evidence provided by [***] nor has the evidence been contradicted. While the Attorney General has suggested a general concern with the evidentiary value of news articles, it has not particularized those concerns.

[70] En l'espèce, les éléments de preuve qui [***se rapportent aux particularités de l'information recherchée***] peuvent être pertinents, ce que met en relief l'affidavit de [***la déposante***] qui fait de nombreuses allusions générales aux faits que [***pas toutes les particularités de l'information sont connues***] et que les recherches entreprises permettent uniquement de conclure en toute certitude que [***].

[71] Les éléments de preuve sur [***] portent précisément sur ces questions. Il n'y a pas lieu de dissiper tout doute au sujet de la preuve avant qu'elle puisse être utile à la Cour. Lorsqu'un fait n'est pas établi en preuve avec une certitude absolue, ou qu'il préfère que la preuve soit abordée sous un certain angle, le Service peut présenter à la Cour des observations à cet effet. Le Service est tenu de faire toutes les recherches raisonnables eu égard aux questions soulevées dans une demande et d'en soumettre les résultats à la Cour. En l'espèce, j'ai eu à ma disposition la preuve sur [***]. Il est regrettable toutefois que les recherches nécessaires sur cette question aient été menées par les *amici*, et pas, à l'origine, par le Service.

[72] Selon la preuve sur [***] (pièce A-1, à la page 2). Ces éléments de preuve dévoilent [***] et montrent que [***] (pièce A-1, à la page 2).

[73] En l'absence des éléments de preuve concernant [***la déposante***] a souligné dans son affidavit qu'elle estimait que [***]. Après avoir pris connaissance desdits éléments de preuve, elle a reconnu [***].

[74] Je reconnais que, dans son témoignage, [***la déposante***] a affirmé ne pas être en mesure de vérifier que [***] concordent bel et bien avec les éléments de preuve sur [***]. Toutefois, ceux-ci ne se contredisent pas entre eux ni ne contredisent les autres éléments de preuve présentés à la Cour, y compris ceux qu'a amenés [***la déposante***]. En outre, rien n'est venu les contredire. Le procureur général a soulevé des préoccupations générales quant à l'utilité probante des reportages médiatiques, mais ne les a pas précisées.

(4) Findings of fact

[75] Following are my key factual findings reached on a balance of probabilities standard:

- A. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***];
- B. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***];
- C. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***];
- D. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***];
- E. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***];
- F. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***];
- G. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***];
- H. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***]; is undertaken from within Canada;

4) Conclusions de fait

[75] Voici mes principales conclusions de fait, selon la prépondérance des probabilités :

- A. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].
- B. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].
- C. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].
- D. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].
- E. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].
- F. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].
- G. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].
- H. Le Service recourt à [***des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***] depuis le Canada.

-
- | | |
|--|--|
| I. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***]; | I. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***]. |
| J. Once [***factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***] within Canada, no further human intervention need occur until [***]; | J. Une fois [***des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***] depuis le Canada, aucune intervention humaine n'est nécessaire jusqu'à ce que [***]. |
| K. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***]; | K. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***]. |
| L. The [***proposed method of collection***] results in [***] access to the information [***]; and it can be reasonably inferred, in this particular case, that access is also contrary to [***foreign domestic and/or international law and/or the international law principle of non-intervention***]; | L. [***La méthode de collecte proposée***] entraîne un accès [***] aux informations [***] et il est raisonnable de présumer, en l'espèce, que cet accès constitue aussi une infraction aux [***lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international***]. |
| M. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***]; | M. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***]. |
| N. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***]; | N. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***]. |
| O. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***]; and no other information [***] is accessible or otherwise impacted; and; | O. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***]. Il n'y a aucun accès aux autres informations [***] et il n'y a pas de répercussions pour celles-ci. |

P. [***Factual finding regarding technological, and/or geopolitical issues related to the information sought and/or the proposed method of obtaining it***].

B. *The impact of Within Canada FC*

[76] The Attorney General takes the position that Justice Noël's interpretative analysis improperly considered the Bill C-44 amendments and the principles of extraterritoriality and international comity. However, the Attorney General has not taken issue with the broad conclusions reached as they relate to the meaning of the words "within Canada" or Parliament's intent in imposing the geographic limitation at section 16.

[77] Instead, the Attorney General argues that a contextual interpretation of section 16 must include a consideration of a designated judge's jurisdiction to issue a warrant, as provided for at section 21. The [***proposed method***] must be properly characterized in regards to the [***location and information sought***]. The Attorney General argues that doing so leads one to conclude that the "within Canada" limitation requires only that collection occur "from" within Canada rather than from abroad. This interpretation of the geographic limitation, he submits, fully accords with the jurisprudence recognizing [***the borderless nature of the Internet***].

[78] As the underlying interpretative analysis undertaken by Justice Noël has not been put in issue, I adopt that analysis except to the extent where I indicate otherwise in addressing the submissions that have been made. This approach is both reflective of the arguments that have been advanced and consistent with the principle of judicial comity, a principle which seeks to encourage consistency as between judges of the same court in matters that engage highly similar facts, evidence and arguments.

[79] Although the principle of comity is usually considered not to be binding in the same way as the doctrine

P. [***Des constatations factuelles concernant des problèmes techniques et/ou géopolitiques liés à l'information recherchée et/ou la méthode proposée pour les obtenir***].

B. *Incidence de la décision* Les limites du Canada, CF

[76] Le procureur général est d'avis que, dans son analyse interprétative, le juge Noël n'a pas tenu compte adéquatement des modifications apportées par le projet de loi C-44 ni des principes de l'extraterritorialité et de la courtoisie judiciaire. Toutefois, le procureur général ne remet pas en question les grandes conclusions du juge quant à la signification de l'expression « dans les limites du Canada » ou à l'intention du législateur lorsqu'il a imposé la restriction géographique prévue à l'article 16.

[77] Le procureur général soutient plutôt qu'une interprétation contextuelle de l'article 16 doit prendre en considération la compétence du juge désigné de décerner un mandat, comme le prévoit l'article 21. [***Les méthodes proposées concernant le lieu et l'information recherchée***] doivent être définis adéquatement. Selon le procureur général, cela pousse à conclure que la restriction « dans les limites du Canada » exige uniquement que la collecte se déroule « depuis » le Canada, plutôt que depuis l'étranger. À son avis, cette interprétation de la restriction géographique concorde pleinement avec la jurisprudence qui reconnaît [***la nature sans frontières de l'Internet***].

[78] J'adopte l'analyse interprétative du juge Noël, puisque celle-ci n'a pas été remise en question, sauf quand je précise le contraire dans l'examen des observations présentées. Cette approche reflète tant les arguments offerts que le principe de la courtoisie judiciaire, qui vise à favoriser la cohérence entre les juges d'un même tribunal dans les affaires qui mettent en cause des faits, des éléments de preuve et des arguments très similaires.

[79] Il y a généralement lieu de respecter le principe de la courtoisie judiciaire, même s'il n'est pas habituellement

of *stare decisis*, it is to be generally respected unless circumstances warrant a departure from a prior decision. Those circumstances have not been categorically formulated. However, the jurisprudence generally establishes that the principle should be respected unless (1) the facts differ; (2) a different question is before the Court; (3) the prior decision is clearly wrong; (4) subsequent decisions have affected the validity of the prior decision; (5) the prior decision was made in circumstances that prevented full consideration of authorities; or (6) applying the decision would result in an injustice (*Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114, at paragraph 45; *Baron v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 341, 324 F.T.R. 133).

[80] In dismissing the appeal in *Within Canada FCA*, Justice Laskin notes that the dismissal does not foreclose the possibility that evidence in a future application might be sufficiently specific to demonstrate that the granting of the authority would be consistent with the requirements of section 16.

[81] I must therefore consider whether the more detailed record now before me leads to a conclusion that differs from that reached in *Within Canada FC*. The *amici* submit and I agree, that to reach a contrary conclusion I must find both that:

1. The collection of [***information***] without regard to whether [***the information is***] inside or outside Canada [***using the proposed method***] satisfies the “within Canada” limitation as prescribed at section 16 of the CSIS Act; and
2. Section 21 of the CSIS Act provides this Court with the jurisdiction to authorize the Service to engage in activity that is in breach of foreign domestic or international law.

considéré comme étant contraignant dans la même mesure que le *stare decisis*, à moins que les circonstances ne justifient que le juge s’écarte de la décision rendue antérieurement. Ces circonstances n’ont pas été formulées catégoriquement. Toutefois, selon la jurisprudence, il y a généralement lieu de respecter le principe, à moins 1) que les faits diffèrent, 2) qu’une question différente se pose, 3) que la décision antérieure soit manifestement erronée, 4) que des décisions subséquentes aient remis en question la validité de la décision antérieure, 5) que la décision antérieure ait été rendue sans que l’ensemble des précédents faisant autorité aient pu être pris en considération ou 6) que l’application de la décision entraînerait une injustice (*Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 952, au paragraphe 45; *Baron c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 341).

[80] Dans le rejet de l’appel dans l’arrêt *Les limites du Canada, CAF*, le juge Laskin souligne que ce rejet n’empêche en rien que, dans le cadre d’une demande future, des éléments de preuve soient suffisamment précis pour établir qu’octroyer le pouvoir en question respecte les exigences de l’article 16.

[81] Je dois donc déterminer si le dossier étoffé qui m’a été confié m’amène à une conclusion différente de celle qui a été formulée dans la décision *Les limites du Canada, CF*. Je conviens avec les *amici* que, pour en arriver à une conclusion opposée, je dois constater que :

la collecte [***d’informations***] [***en utilisant la méthode proposée***] peu importe [***qu’elles soient***] au Canada ou à l’étranger, respecte la restriction « dans les limites du Canada » prévue à l’article 16 de la Loi sur le SCRS; et

l’article 21 de la Loi sur le SCRS donne à la Cour compétence pour autoriser le Service à mener des activités qui enfreignent des lois étrangères ou internationales.

C. Interpreting section 16

- (1) The relationship between sections 16 and 21 must be considered

[82] As noted above, the Attorney General has argued that section 16 must be interpreted in a manner that gives effect to the relationship between sections 16 and 21 of the CSIS Act. To properly interpret the “within Canada” limitation it is necessary, the Attorney General submits, to first properly characterize the [***collection***] that is to be undertaken and consider what section 21 of the CSIS Act authorizes a judge to do where a warrant is sought by the Service.

[83] Section 21 of the CSIS Act reads as follows:

Application for warrant

21 (1) If the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate, within or outside Canada, a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the Minister’s approval, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

Matters to be specified in application for warrant

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

C. Interprétation de l’article 16

- 1) Considération de la relation entre les articles 16 et 21

[82] Comme il a été souligné plus haut, le procureur général soutient qu’il faut interpréter l’article 16 de manière à donner effet à la relation qui existe entre les articles 16 et 21 de la Loi sur le SCRS. À son avis, pour donner une interprétation adéquate à la restriction « dans les limites du Canada », il est d’abord nécessaire de définir adéquatement [***la collecte***] à entreprendre et d’examiner ce que l’article 21 de la Loi sur le SCRS permet au juge saisi d’une demande de mandats faite par le Service.

[83] Voici l’article 21 de la Loi sur le SCRS :

Demande de mandat

21 (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l’approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s’il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête, au Canada ou à l’extérieur du Canada, sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d’exercer les fonctions qui lui sont confiées en vertu de l’article 16.

Contenu de la demande

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l’affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

a) les faits sur lesquels le demandeur s’appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d’autres méthodes d’enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l’urgence de l’affaire est telle qu’il serait très difficile de mener l’enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made under subsection (1) in relation to a person who is identified in the affidavit in accordance with paragraph (d), the date on which each such application was made, the name of the judge to whom it was made and the judge's decision on it.

c) les catégories de communication dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes antérieures présentées au titre du paragraphe (1) touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

[84] The Attorney General notes that prior to authorizing a warrant the Court must be satisfied, that, among others, the application discloses [***the information to be collected***] and the place [***where it will be collected***] (paragraphs 21(2)(c) and 21(2)(f)). However, Parliament has taken a large and liberal approach to identification of both [***the information to be collected***] and the description of the place [***where it will be collected***]. The Attorney General argues that this large and liberal approach is important in the context of [***the information in question, because the location is difficult to describe and the terminology does not fit the type of collection***].

[85] The Attorney General submits that in *Within Canada FC*, [***a location was assigned to a certain aspect of the collection***]. However, the jurisprudence has recognized the difficulty of [***assigning a location to information in this context***]. The Attorney General submits that this potentially difficult question [***] need not be addressed [***in the particular context of this

[84] Le procureur général souligne que, pour décerner un mandat, la Cour doit être convaincue que la demande, notamment, fait état [***des informations à collecter***] et des lieux [***où les informations seront collectées***]. Toutefois, [***concernant les informations à collecter***] et de la description du lieu [***où les informations seront collectées***] le législateur a adopté une approche large et libérale. D'après le procureur général, une telle approche a son importance dans le contexte [***de l'information en question, car la provenance est difficile à décrire et la terminologie ne correspond pas au type de collecte***].

[85] Le procureur général fait valoir que, dans la décision *Les limites du Canada, CF*, [***un lieu a été attribué à un certain aspect de la collecte***]. Toutefois, la difficulté [***d'attribuer la provenance à des informations dans ce contexte***] est reconnue dans la jurisprudence [***]. Selon le procureur général, il n'y a pas lieu de traiter de cette question [***] qui peut être épineuse,

application***]. This approach, it is submitted, better recognizes that [***the characteristics of the information sought***] and allows the Service to consistently access this information in fulfilling its mandate regardless of what knowledge it may have of [***all the particulars of the transmission and location of the information***].

[86] The Attorney General further argues that subsection 21(3) refers to a judge authorizing the Service to [***collect information***]. This language does not limit the Court to authorizing [***] and [***the proposed collection method***] is not analogous to [***]. Instead [***the proposed collection method***] allows the Service acting from within Canada to [***collect the information sought***]. The authority sought is directed at [***]—and will result in the Service [***collecting the information***]. This characterization of the activities is consistent with the legal context as set out in section 21 and reflects present day technological realities.

[87] The Attorney General’s reliance on the general nature of [***the type of information in question***]—in advancing its position that [***the type of information in question fits within***] subsection 21(2) is not, in my view, of any assistance for two reasons.

[88] First, the general attributes [***of the type of information in question***] upon which the Attorney General relies, while not disputed, simply do not accord with the specific evidence before me. The [***information sought using the proposed method***] is [***outside Canada***]. The evidence goes further and demonstrates that [***]. Further, the evidence does not disclose any circumstance where [***].

[89] The fact that the precise [***particulars of the information***] cannot be ascertained is not a factor that supports the Attorney General’s view that section 16 should be read as permitting collection “from” Canada.

[***dans le cadre particulier de cette demande***]. À son avis, cette approche tient mieux compte [***des caractéristiques des informations recherchées***] et permet au Service d’avoir un accès constant aux informations dans l’exercice de ses fonctions, peu importe les connaissances dont il dispose [***sur les particularités de l’information***].

[86] Le procureur général ajoute qu’aux termes du paragraphe 21(3), le juge autorise le Service à [***collecter de l’information***]. Ce libellé ne contraint pas la Cour à n’autoriser que [***] et [***la méthode de collecte proposée***] ne revient pas à [***]. Elle permet plutôt au Service, depuis le Canada, [***de collecter les informations recherchées***]. Le pouvoir demandé vise [***] — et aura pour résultat [***la collecte de l’information***] par le Service. Cette caractérisation des activités concorde avec le contexte légal établi à l’article 21 et reflète les réalités technologiques d’aujourd’hui.

[87] À mon avis, le fait que le procureur général se fonde sur la nature générale des [***types d’informations en question***] — pour soutenir [***que le type d’information en question se conforme au***] paragraphe 21(2) n’est d’aucune aide, et ce, pour deux raisons.

[88] En premier lieu, les caractéristiques générales des [***types d’informations en question***] lesquelles s’appuie le procureur général, bien qu’elles ne soient pas contestées, ne concordent tout simplement pas avec les éléments de preuve dont je dispose. Les [***informations recherchées en utilisant la méthode proposée***] se situent [***à l’extérieur du Canada***]. En outre, toujours selon ce que démontre la preuve, [***]. Rien dans la preuve ne permet d’établir la moindre circonstance où [***].

[89] L’impossibilité d’établir avec certitude [***les particularités de l’information***] n’appuie pas l’opinion du procureur général, selon qui l’article 16 permet la collecte « depuis » le Canada.

[90] Secondly, it matters not whether [***] or, as submitted by the *amici*, [***] but rather is simply [***] a label for the information sought[***]. Instead one must consider what [***]the proposed collection method[***] seeks to achieve.

[91] [***]Description and legal characterization of the proposed collection method[***].

[92] Demonstrating that an application satisfies each of paragraphs (a) through (f) of subsection 21(2) is not, in my view, enough to allow a Judge to authorize a warrant under section 21. Section 21 also requires that the issuing Judge be satisfied that the warrant being sought is required to enable the Service to “perform its duties and functions under section 16” (paragraph 21(2)(b)). This requires the issuing judge to be satisfied that the proposed collection is consistent with the limitations imposed on the collection of foreign intelligence by section 16, and of course this includes the geographic limitation.

[93] I am not convinced that either the requirements set out in subsection 21(2), or demonstrated compliance with those requirements assists in the interpretation of section 16. However, section 21 of the CSIS Act, together with sections 12 and 12.1, are of assistance in interpreting section 16 for another reason.

[94] Sections 12 and 12.1 expressly authorize the performance of the mandated activity provided for in those sections to occur “within or outside Canada”. Section 21 provides for the judicial authorization “of activities outside Canada” in furtherance of a section 12 investigation or to permit measures to be taken to reduce a threat to the security of Canada (subsections 21(3.1) and 21.1(4)). Parliament’s authorization of extraterritorial activity in these instances is to be contrasted against the express geographic limitation at section 16 (assistance within Canada) and section 21’s silence on the issue of extraterritorial judicial authority where a warrant is sought to assist in section 16 collection. This distinctly different approach to the definition of the geographic scope of the Service’s separate mandates and the authority of this Court to authorize extraterritorial action must be considered in interpreting the meaning of section 16.

[90] En second lieu, il n’importe en rien [***] ou — de l’avis des *amici* — [***] mais que ce terme désigne simplement [***]une étiquette pour les informations recherchées[***]. Il est plutôt nécessaire d’examiner l’objectif du recours [***]à la méthode de collecte proposée[***].

[91] [***]Description et caractérisation légale de la méthode de collecte proposée[***].

[92] À mon avis, il ne suffit pas de démontrer qu’une demande satisfait les alinéas 21(2)a) à f) pour qu’un juge soit autorisé à décerner un mandat en vertu de l’article 21. Cette disposition exige en outre que le juge soit convaincu que le mandat demandé soit nécessaire pour permettre au Service « d’exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l’article 16 » (alinéa 21(2)b)). Le juge doit donc avoir la conviction que la collecte proposée respecte les limites imposées par l’article 16 à la collecte de renseignements étrangers, notamment, bien sûr, la restriction géographique.

[93] Je ne suis pas convaincu que les exigences prévues au paragraphe 21(2) ni une démonstration du respect de ces exigences contribuent à l’interprétation de l’article 16. Toutefois, pour une autre raison, l’article 21, de pair avec les articles 12 et 12.1 de la Loi sur le SCRS, s’avèrent utiles pour cette interprétation.

[94] Les articles 12 et 12.1 autorisent expressément le déroulement des activités visées « même à l’extérieur du Canada ». L’article 21 constitue l’autorisation judiciaire de mener des « activités à l’extérieur du Canada » dans le cadre d’une enquête visée par l’article 12 ou de mesures de réduction d’une menace pour la sécurité du Canada (paragraphes 21(3.1) et 21.1(4)). Il y a lieu de souligner le contraste, d’une part, entre l’autorisation donnée par le législateur de mener des activités extraterritoriales en ces occurrences et, d’autre part, la restriction géographique expressément prévue à l’article 16 (l’assistance dans les limites du Canada) et le mutisme de l’article 21 quant à l’autorisation judiciaire de prêter assistance, à l’extérieur du territoire, à la collecte en vertu d’un mandat décerné au titre de l’article 16. Pour interpréter l’article 16, il est impératif de prendre en considération cette approche distinctement différente de la définition de la

portée géographique des fonctions séparées du Service ainsi que le pouvoir de la Cour d'autoriser les activités extraterritoriales.

(2) The meaning of “within Canada”

[95] Turning then to section 16, the Attorney General submits that the grammatical and ordinary meaning of the words “within Canada” must be considered within the context of the surrounding words within section 16 and, as noted above, in relation to other sections of the CSIS Act.

[96] Section 16 permits the Service to assist in the “collection of information or intelligence relating to” foreign states or persons. Those words, the Attorney General submits, must be properly interpreted as requiring that information or intelligence collection be undertaken “from within Canada” rather than abroad.

[97] The Attorney General argues that section 16 does not seek to limit collection on the basis of [***the location of the information sought***]. Rather section 16, when properly interpreted, seeks to limit “from” where the collection activity is undertaken. On the basis of this interpretation the [***proposed collection method***] fully respects the section 16 geographic limitation—the collection occurs from within Canada.

[98] Section 16 of the CSIS Act states:

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23

Collection of information concerning foreign states and persons

16 (1) Subject to this section, the Service may, in relation to the defence of Canada or the conduct of the international affairs of Canada, assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, within Canada, in the collection of information or intelligence relating to the capabilities, intentions or activities of

(a) any foreign state or group of foreign states; or

2) Sens de l'expression « dans les limites du Canada »

[95] S'intéressant ensuite à l'article 16, le procureur général soutient que le sens grammatical et ordinaire de l'expression « dans les limites du Canada » doit être considéré en contexte, en fonction du libellé de l'article 16 et, comme il a été mentionné plus haut, en fonction d'autres articles de la Loi sur le SCRS.

[96] L'article 16 autorise le Service à prêter son assistance « à la collecte d'informations ou de renseignements sur » des étrangers ou des États étrangers. Selon le procureur général, interprété adéquatement, ce passage signifie que la collecte d'informations ou de renseignements doit s'effectuer « depuis le Canada » plutôt qu'à l'étranger.

[97] Le procureur général est d'avis que l'article 16 ne vise pas à limiter la collecte en fonction [***de la provenance de l'information recherchée***]. Il soutient plutôt que l'article 16, interprété adéquatement, vise à restreindre le « point d'origine » de l'activité de collecte. Selon cette interprétation, [***la méthode de collecte proposée***] respecte absolument la restriction géographique prévue à l'article 16 : la collecte se déroule depuis le Canada.

[98] Voici l'article 16 de la Loi sur le SCRS :

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23

Assistance

16 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Service peut, dans les domaines de la défense et de la conduite des affaires internationales du Canada, prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères, dans les limites du Canada, à la collecte d'informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités :

a) d'un État étranger ou d'un groupe d'États étrangers;

(b) any person other than

(i) a Canadian citizen,

(ii) a permanent resident within the meaning of subsection 2 (1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, or

(iii) a corporation incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province.

Limitation

(2) The assistance provided pursuant to subsection (1) shall not be directed at any person referred to in subparagraph (1)(b)(i), (ii) or (iii).

Personal consent of Ministers required

(3) The Service shall not perform its duties and functions under subsection (1) unless it does so

(a) on the personal request in writing of the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs; and

(b) with the personal consent in writing of the Minister. [Emphasis added.]

[99] The authority Parliament has granted the Service to engage in intrusive activity in furtherance of its duties is limited and controlled. These limitations are reflected in section 16, which provides for and identifies the scope of the Service’s foreign intelligence collection mandate (*Within Canada FC*, at paragraphs 38–44). In interpreting legislation that authorizes intrusive activity in furtherance of State interests the Court must be guided by the principles reflected in the legislation itself; the exercise of intrusive powers is to be limited and controlled (*Within Canada FC*, at paragraph 25).

[100] The legislative principle of limits and controls is evident in section 16. The Service may only collect foreign intelligence upon the personal request in writing of the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs. The assistance is limited to the collection of information or intelligence relating to capabilities, intentions or activities of foreign states or persons, and that assistance is to be provided “within Canada”.

b) d’une personne qui n’appartient à aucune des catégories suivantes :

(i) les citoyens canadiens,

(ii) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*,

(iii) les personnes morales constituées sous le régime d’une loi fédérale ou provinciale.

Restriction

(2) L’assistance autorisée au paragraphe (1) est subordonnée au fait qu’elle ne vise pas des personnes mentionnées à l’alinéa (1)b).

Consentement personnel des ministres

(3) L’exercice par le Service des fonctions visées au paragraphe (1) est subordonné :

a) à une demande personnelle écrite du ministre de la Défense nationale ou du ministre des Affaires étrangères;

b) au consentement personnel écrit du ministre. [Non souligné dans l’original.]

[99] Le législateur a donné au Service une autorisation limitée et contrôlée de mener des activités envahissantes pour s’acquitter de ses fonctions. L’article 16 reflète ces limites. Il définit la portée des fonctions de collecte de renseignements étrangers du Service (*Les limites du Canada, CF*, aux paragraphes 38–44). Dans son interprétation d’une loi qui permet que soient menées des activités envahissantes dans l’intérêt de l’État, la Cour doit se laisser guider par les principes qui figurent dans cette loi. Il y a lieu de limiter et de contrôler l’exercice de pouvoirs intrusifs (*Les limites du Canada, CF*, au paragraphe 25).

[100] Les principes législatifs de « limites et de contrôles » sont manifestes à l’article 16. La collecte de renseignements étrangers par le Service est subordonnée à une demande personnelle écrite du ministre de la Défense nationale ou des Affaires étrangères. L’assistance se limite à la collecte d’informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités d’étrangers ou d’États étrangers, et elle doit être

The literal meaning of the words “within Canada” is clear and unambiguous—the assistance must occur within the geographic boundaries of Canada (*Within Canada FC*, at paragraph 47).

[101] Despite the Attorney General’s assertion that the surrounding words require that “within Canada” be interpreted as “from within Canada”, no persuasive interpretative argument has been advanced to support this assertion. The Attorney General does rely on the decision of the Federal Court of Appeal in [***]. That decision is distinguishable and I address it below.

[102] The literal interpretation of the words “within Canada” is not displaced when considered within the context of the surrounding words at section 16 or other provisions of the Act. I have addressed the extraterritorial authorities provided for in sections 12 and 12.1, 21 and 21.1 and contrasted that authority to the express geographic limitation within section 16 above. I also note that the section 12 mandate is complemented by a definition of “threats to the security of Canada” at section 2 that contemplate activities “within or related to Canada”. In addition, section 15 authorizes the Service to engage in investigations for the purposes of conducting security assessments. In enacting Bill C-44, Parliament also clarified that this mandate may be conducted “within or outside Canada” (Bill C-44, c. 9, section 4).

[103] It is clear that Parliament has given significant consideration to the geographic scope of the Service’s various mandates. Geographic reach is not a question that arises in respect of a single section of the Act. Instead geographic scope and reach has been considered by Parliament in addressing most, if not all of the Service’s mandated activities when one considers sections 12, 12.1, 15 and 16. Parliament has also considered the question of extraterritorial effect in the context of judicial authorizations at both sections 21 and 21.1. In doing so, Parliament has adopted geographically limiting words in section 16, words that are unique within the context of the CSIS Act.

prêtée « dans les limites du Canada ». Le sens littéral de ce libellé est clair et sans équivoque : l’assistance doit être prêtée à l’intérieur des frontières du Canada (*Les limites du Canada, CF*, au paragraphe 47).

[101] Aucun argument convaincant sur le plan de l’interprétation n’a été avancé en appui à l’affirmation du procureur général selon qui, en raison du libellé dans lequel elle s’inscrit, l’expression « dans les limites du Canada » ne peut que signifier « depuis le Canada ». Il se fonde sur l’arrêt de la Cour d’appel fédérale dans [***]. Comme je l’exprime plus loin, cette décision se distingue de l’espèce.

[102] L’interprétation littérale de l’expression « dans les limites du Canada » n’est pas déplacée lorsqu’elle est considérée en contexte à l’article 16 ou en fonction d’autres dispositions de la Loi sur le SCRS. J’ai abordé les pouvoirs extraterritoriaux prévus aux articles 12, 12.1, 21 et 21.1 et les ai mis en opposition avec la restriction géographique prévue expressément à l’article 16. Je souligne en outre qu’une définition vient appuyer les fonctions conférées au Service en vertu de l’article 12, celle de « menaces envers la sécurité du Canada » (article 2), qui fait état d’activités « qui touchent le Canada ou s’y déroulent ». De plus, l’article 15 autorise le Service à mener des enquêtes en vue des évaluations de sécurité. Dans le projet de loi C-44, le législateur a également précisé que le Service pouvait s’acquitter des fonctions « même à l’extérieur du Canada » (projet de loi C-44, ch. 9, article 4).

[103] Le législateur a manifestement accordé une grande attention à la portée géographique des différentes fonctions du Service. Cette question ne se pose pas eu égard à un seul article de la Loi sur le SCRS, mais plutôt à la plupart, voire à toutes les activités qui relèvent des fonctions du Service (articles 12, 12.1, 15 et 16). S’agissant des articles 21 et 21.1, le législateur a aussi pris en considération la question de l’extraterritorialité relative aux autorisations judiciaires. Ce faisant, il a adopté la restriction géographique prévue à l’article 16, qui est une disposition unique dans la Loi sur le SCRS.

[104] I, as was Justice Noël, am left to conclude that Parliament intended there to be a meaningful difference between the “within or outside Canada” mandates found in sections 12, 12.1 and 15, and the “within Canada” mandate found in section 16. Nothing arising from a contextual consideration of the words “within Canada” leads me to conclude Parliament intended a broader meaning of the words than their plain meaning will sustain—within the geographic boundaries of Canada.

[105] A purposive approach to the interpretation of the words, requiring a consideration of both the objective of the legislation as a whole and the specific section in issue, does not lead me to conclude otherwise.

[106] The Attorney General has not taken issue with the comprehensive purposive analysis undertaken by Justice Noël in *Within Canada FC*. Having conducted the analysis Justice Noël concludes that Parliament recognized Canada’s need for, and interest in high quality foreign intelligence at home and abroad. However, Parliament was also sensitive to the importance of protecting Canada’s diplomatic relations and its international reputation as doing so was essential to ensuring Canada continues to receive, from foreign governments, sensitive security information that it lacks the capabilities to gather and assess itself.

[107] Section 16 and its geographic limitation represent Parliament’s balancing of these competing interests. That balance has resulted in the inclusion of a limited foreign intelligence collection capability within the CSIS Act that excludes “aggressive ‘covert’ and ‘offensive’ activities abroad” (*Within Canada FC*, at paragraph 118). Parliament did not intend the limited foreign intelligence collection mandate to “open the door to interpretations permitting covert intelligence operations abroad”. The geographic limitation in section 16 was “aimed to mitigate the political, diplomatic and moral risk of conducting foreign intelligence collection, which had the potential to breach foreign international law, foreign domestic law and bring disrepute to Canada’s international

[104] À l’instar du juge Noël, je ne peux que conclure que le législateur a eu l’intention de bien marquer la différence entre la portée des différentes fonctions du Service, d’une part « même à l’extérieur du Canada » aux articles 12, 12.1 et 15 et, d’autre part, « dans les limites du Canada » à l’article 16. Aucun élément de l’examen contextuel de l’expression « dans les limites du Canada » ne m’amène à conclure que le législateur souhaitait y donner une signification plus large que son sens ordinaire, à savoir « à l’intérieur des limites géographiques du Canada ».

[105] L’approche téléologique de l’interprétation de cette expression, qui exige que la Cour étudie tant l’objectif général de la loi que celui de l’article en question, ne me permet pas d’en arriver à une conclusion différente.

[106] Le procureur général n’a pas contesté l’analyse téléologique exhaustive qu’a effectuée le juge Noël dans la décision *Les limites du Canada, CF*. Celui-ci conclut que le législateur a reconnu l’intérêt et les besoins du Canada en matière de renseignements étrangers de grande qualité au pays et à l’étranger. Toutefois, le législateur a également pris en considération l’importance de protéger les relations diplomatiques et la réputation internationale du pays, éléments essentiels pour que des gouvernements étrangers continuent de communiquer au Canada des informations de sécurité sensibles qu’il n’est pas en mesure de recueillir et d’évaluer par lui-même.

[107] L’article 16 et sa restriction géographique reflètent le souci du législateur d’en arriver à un équilibre entre les intérêts concurrents, ce qui l’a mené à inclure dans la Loi sur le SCRS une fonction limitée de collecte de renseignements étrangers qui exclut que soient menées « à l’étranger des activités cachées et offensives » (*Les limites du Canada, CF*, au paragraphe 118). Le législateur n’avait pas l’intention que cette fonction limitée de collecte de renseignements étrangers « puisse [être interprétée] comme autorisant des opérations [cachées] de collecte de renseignements étrangers à l’extérieur du Canada ». La restriction géographique prévue à l’article 16 visait à « atténuer les risques politiques, diplomatiques et moraux liés à la tenue d’activités de collecte

reputation and defence policies” (*Within Canada FC*, at paragraphs 118 and 119).

[108] A purposive approach to the interpretation of section 16, and in particular the words “within Canada”, does not support the Attorney General’s position that those words are to be given a broader meaning in furtherance of the purposes of the legislation.

[109] The suggestion that section 16 should be interpreted to authorize the [***proposed collection method***] due to the conduct of [***] is not persuasive. The Attorney General has not identified any principle of interpretation or law that supports this view.

(3) Concluding remarks

[110] Reading the words of section 16 in their entire context, in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament, I am unable to conclude that assistance “within Canada... in the collection of information or intelligence” can be interpreted as meaning that the assistance [***] need only occur “from” within Canada. The words in context require the assistance [***] occur within Canada.

[111] Justice Noël concluded that the correct interpretation of the words “within Canada” means “only in Canada”. I agree with that conclusion.

[112] However, “only in Canada” does not, in my view, require that every step, action or element of the proposed collection activity occur within Canada. Having concluded that the geographic limitation imposed by Parliament is intended to avoid “aggressive ‘covert’ and ‘offensive’ activities abroad” in the collection of foreign intelligence, section 16, properly interpreted, prohibits collection activities that involve extraterritorial actions that run contrary to Parliament’s intent or attracts the

de renseignements étrangers, qui pourraient contrevenir à des lois étrangères et à des lois du Canada et compromettre la réputation internationale du Canada et les politiques du pays en matière de défense » (*Les limites du Canada, CF*, aux paragraphes 118–119).

[108] Une approche téléologique de l’interprétation de l’article 16, en particulier de l’expression « dans les limites du Canada », ne va pas dans le sens de la position du procureur général, selon qui il y a lieu d’élargir la signification de l’expression pour servir l’objet de la Loi sur le SCRS.

[109] N’est pas persuasive la proposition selon laquelle il faudrait interpréter l’article 16 de manière à autoriser [***la méthode de collecte proposée***] en raison de la conduite des [***]. Le procureur général n’a souligné aucun principe d’interprétation ni élément de jurisprudence en appui à son opinion.

3) Observations finales

[110] L’examen de l’article 16 en fonction du contexte global, du sens grammatical et ordinaire du libellé, de façon harmonieuse avec le régime et l’objet de la loi et l’intention du législateur, ne me permet pas de conclure que l’assistance « dans les limites du Canada, à la collecte d’informations ou de renseignements » peut être interprétée de manière à signifier qu’il suffit que l’assistance soit prêtée et que [***] soit effectuée « depuis » le Canada. En contexte, ce segment exige que ces deux actions se déroulent dans les limites du Canada.

[111] Le juge Noël a conclu que l’interprétation correcte de l’expression « dans les limites du Canada » est « seulement au Canada ». J’abonde dans son sens.

[112] Toutefois, j’estime que cette interprétation n’exige pas que toute étape, toute action ou tout élément de l’activité de collecte proposée se déroule « seulement au Canada ». Une fois qu’il est admis que la restriction géographique imposée par le législateur vise à éviter que soient menées « à l’étranger des activités cachées et offensives » de collecte de renseignements étrangers, il est possible de donner à l’article 16 une interprétation adéquate : il interdit les activités de collecte qui impliquent

risks that Parliament sought to mitigate. This must be determined on a case-by-case basis. At a minimum, a proposed collection activity involving legally significant extraterritorial activity and/or proposed extraterritorial activity that will attract the very risks Parliament has sought to mitigate will not be consistent with section 16.

[113] The [***] evidence demonstrates that in this instance, the [***proposed collection method***] would be employed to access [***] information that [***is outside Canada***]. The facts do not disclose a situation where [***the information is known to be outside of any state***]. My conclusions are limited to the findings of fact above at paragraph 75. I acknowledge that other circumstances might allow one to conclude the employment of [***the proposed collection method***] would be consistent with the “within Canada” requirement at section 16 but express no opinion in this regard.

[114] My conclusion that section 16, properly interpreted, does not prohibit all collection activities that involve some extraterritorial action is not inconsistent with Justice Noël’s conclusion that “within Canada” means “only in Canada”. Justice Noël reached that conclusion in the context of a detailed analysis where, at least in part, he found the [***collection***] to be contrary to section 16 because [***substantial elements of the collection occur outside Canada***] (*Within Canada FC*, at paragraph 169).

D. *The [***jurisprudence relating to information accessible through the Internet***]*

[***Note: paragraphs 115–125 are a discussion of jurisprudence relating to information accessible through the Internet***]

[115] The Attorney General submits that characterizing [***] as being unique would allow the Court to authorize [***]. However, he submits that the [***] jurisprudence

des mesures extraterritoriales qui vont à l’encontre de l’intention du législateur ou qui comportent les risques que le législateur souhaitait atténuer. Cela doit être déterminé au cas par cas. Au minimum, ne sera pas conforme à l’article 16 une activité de collecte proposée qui implique des mesures extraterritoriales qui revêtent une importance sur le plan juridique, ou une mesure extraterritoriale proposée qui comporte les risques mêmes que le législateur souhaitait atténuer.

[113] Les éléments de preuve sur [***] témoignent qu’en l’espèce la [***méthode de collecte proposée***] serait utilisée pour accéder [***] aux informations [***qui sont à l’extérieur du Canada***]. Les faits ne révèlent pas une situation dans laquelle [***les informations seraient connues pour être en dehors de n’importe quel état***]. Mes conclusions sont limitées aux conclusions de fait ci-dessus au paragraphe 75. Bien que je n’exprime aucune opinion à cet égard, je reconnais que de différentes circonstances pourraient permettre de conclure que l’utilisation de [***la méthode de collecte proposée***] serait conforme à l’exigence « dans les limites du Canada » de l’article 16.

[114] Ma conclusion selon laquelle l’article 16, correctement interprété, n’interdit pas toutes les activités de collecte qui impliquent une action extraterritoriale n’est pas incompatible avec la conclusion du juge Noël, selon qui « dans les limites du Canada » signifie « seulement au Canada ». Il en est parvenu à cette conclusion après une analyse détaillée au cours de laquelle il a constaté, du moins en partie, que [***la collecte***] contrevenait à l’article 16 parce que des [***éléments fondamentaux de la collecte se produisent à l’extérieur du Canada***] (*Les limites du Canada, CF*, au paragraphe 169).

D. *[***La jurisprudence relative à l’accessibilité de l’information par l’entremise de l’Internet***]*

[***Note : Les paragraphes 115 à 125 sont une discussion de la jurisprudence relative à l’accessibilité de l’information par l’entremise de l’Internet***]

[115] Le procureur général soutient que d’attribuer un caractère unique au [***] permettrait à la Cour d’autoriser [***]. Il est toutefois d’avis que la jurisprudence

provides a better approach to this issue. The jurisprudence recognizes [***] it reflects the fact that [***].

(1) [***]

[116] [***]

[117] [***]

[118] [***]

[119] [***]

[120] [***]

(2) [***]

[121] The Attorney General has also relied heavily on the Federal Court of Appeal decision in [***] taking the position that it is both dispositive and binding upon me.

[122] [***]

[123] [***]

[124] [***]

[125] [***]

(3) The [***] jurisprudence does not assist

[126] Whether a real and substantial connection exists between Canada and the [***collection or the information sought***] involves the consideration of the “within Canada” connection, but as only one of a number of factors. Parliament’s intent, international practice and the principle of international comity also must be considered and weighed. Doing so, at least in this instance, again requires a proper characterization of [***the proposed collection method***].

[127] [***The proposed method involves elements that are not present in the jurisprudence discussed, including

relative au principe [***] permet de mieux aborder la question. Cette jurisprudence reconnaît [***] fait état [***].

1) [***]

[116] [***]

[117] [***]

[118] [***]

[119] [***]

[120] [***]

2) [***]

[121] Le procureur général s’appuie également grandement sur l’arrêt [***] de la Cour d’appel fédérale. À son avis, cette décision tranche la question et me lie.

[122] [***]

[123] [***]

[124] [***]

[125] [***]

3) La jurisprudence relative au principe [***] n’offre pas d’appui

[126] Pour déterminer s’il existe un lien réel et important entre le Canada et [***la collecte ou les informations recherchées***] il est nécessaire d’étudier le lien avec « dans les limites du Canada »; il ne s’agit toutefois que d’un facteur parmi d’autres. Il y a aussi lieu de tenir compte de l’intention du législateur, des pratiques internationales et du principe de la courtoisie internationale. Pour ce faire, du moins en l’espèce, il est nécessaire de définir adéquatement [***la méthode de collecte proposée***].

[127] [***La méthode proposée comporte des éléments qui ne sont pas présents dans la jurisprudence discutée,

violations of foreign domestic and/or international law and/or international law principle of non-intervention in a manner that could harm Canada's interests***].

[128] These circumstances do not evidence the type of international practice [***] relied upon to conclude that [***]. Further, [***the proposed collection method, in violating foreign domestic and/or international law and/or the international law principle of non-intervention***] cannot be characterized as according with the principle of international comity and being consistent with objectives of order and fairness. The real and substantial connection test is intended to prevent overreach in the exercise of extraterritorial jurisdiction [***] not to promote overreach. Finally, the CSIS Act itself expressly limits extraterritorial activity in the provision of assistance by the Service, a fact that distinguishes these circumstances [***].

[129] I recognize that elements of the [***proposed collection method***] will, on these facts, occur within Canada, and that the [***] in question are present in Canada and [***] from within Canada. However, these elements are simply not sufficient in the face of the factors and circumstances described above to allow me to conclude a real and substantial connection has been established in this instance. In the absence of that connection the Attorney General cannot rely upon the [***] jurisprudence (in addition to [***] the Attorney General has also relied on [***] both of which were distinguished in *Within Canada FC*, at paragraphs 150–167).

[130] In reaching this conclusion I take no issue with the need for courts to recognize technological change and interpret legislation in a manner that reflects current day technological reality. However, [***] does not teach that advancements in technology are a basis upon which a court may adopt an interpretation that is contrary to the plain meaning, the underlying intent or purpose of the legislation. In this respect I agree with the *amici*. New technological capabilities must be considered in the interpretation of legislation. Doing so, however, does not

y compris des violations des lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international d'une manière qui pourrait nuire à l'intérêt du Canada***].

[128] Ces circonstances ne correspondent pas au type de pratiques internationales invoquées [***] pour conclure que [***]. En outre, il ne saurait être question d'affirmer [***que la méthode de collecte proposée, en violant des lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international***] cadre avec le principe de la courtoisie internationale ou avec des objectifs d'ordre et d'équité. Le critère du lien réel et important vise à éviter que l'on aille trop loin dans l'exercice de compétences sur les opérations extraterritoriales [***], non à encourager l'élargissement des limites territoriales. Enfin, comme il a été établi plus haut, l'article 16 de la Loi sur le SCRS limite expressément les activités extraterritoriales quant à la prestation d'assistance par le Service, un fait qui distingue cette circonstance [***].

[129] Je reconnais que certaines activités [***de la méthode de collecte proposée***] auront lieu, en l'espèce, dans les limites du Canada, et que [***] en question sont au Canada et [***] depuis les frontières du Canada. Toutefois, ces activités menées dans les limites du Canada lors du recours [***] ne suffisent tout simplement pas à m'amener à conclure à l'établissement d'un lien réel et important en l'espèce. À défaut d'un tel lien, le procureur général ne peut pas s'appuyer sur la jurisprudence relative au principe [***] (outre les arrêts [***] il a invoqué les décisions [***] et [***] toutes deux citées dans la décision *Les limites du Canada, CF*, aux paragraphes 150–167).

[130] S'agissant de cette conclusion, je n'ai rien à redire quant à la nécessité que les tribunaux reconnaissent l'avancement de la technologie et interprètent les lois en fonction de la réalité technologique d'aujourd'hui. Toutefois, l'arrêt [***] ne montre pas qu'un tribunal peut s'appuyer sur des percées technologiques pour adopter une interprétation qui va à l'encontre du sens ordinaire d'un libellé, de l'intention du législateur ou de l'objet d'une loi. À cet égard, j'abonde dans le sens des *amici*. Il y a lieu de tenir compte des nouveaux moyens

allow a court to vitiate the clear intent of Parliament where that new technology results in the very activity Parliament sought to limit and, in turn, attracts the very risks and consequences Parliament sought to avoid.

VI. Conclusion

[131] Section 16 limits assistance to that which occurs within Canada. Neither the words, the context in which the words are used or the purpose underlying the CSIS Act and section 16 allow for a meaning to be given to the phrase “within Canada” that is broader than the words suggest: assistance within the geographic limits of Canada.

[132] Assistance occurs within Canada where all “significant assistance or collection activity occurs only” within Canada. What is significant assistance or collection activity is to be assessed on a case-by-case basis. However, activity that is significant to the provision of assistance or the collection activity will minimally include (1) all legally relevant and consequential activity; and (2) all activity that attracts the very risks Parliament has sought to mitigate in adopting the geographic limitation found at section 16 of the Act. Activity that is contrary to principles of international law will generally attract those risks absent Parliament’s expressed or implied intent not to be limited by foreign or international law.

[133] In this instance legally relevant and consequential activity will occur outside Canada if the [***proposed collection method***] were pursued. This would include [***collection activity that is contrary to foreign domestic and/or international law and/or the international law principle of non-intervention***]. Undertaking [***the proposed collection method***] in these circumstances would also be inconsistent with the principle of international comity. The risks to Canada are not theoretical; [***]. The [***proposed collection method***] involves significant activity outside of Canada, activity that is both

technologiques dans l’interprétation des lois, mais cela ne permet pas à un tribunal de vicier l’intention claire du législateur lorsque cette nouvelle technologie mène à l’exercice de l’activité même que ce dernier cherchait à limiter et, donc, est à l’origine des risques et des conséquences qu’il cherchait à éviter.

VI. Conclusion

[131] L’article 16 limite l’assistance à celle qui est prêté dans les limites du Canada. Ni le libellé, ni son contexte, ni l’objet de la Loi sur le SCRS et de l’article 16 ne permettent d’élargir la signification de ce qui est suggéré par l’expression « dans les limites du Canada », l’assistance dans les limites géographiques du Canada.

[132] L’assistance est prêté dans les limites du Canada lorsque toute « activité importante ayant trait à l’assistance ou à la collecte est menée uniquement » dans les limites du Canada. La définition d’« activité d’assistance ou de collecte importante » dépend des circonstances de chaque cas. Cependant, une activité qui est importante sur le plan d’assistance ou de collecte inclura au minimum, 1) toute activité pertinente qui porte à conséquence sur le plan juridique et 2) toute activité qui présente les risques mêmes que le législateur a cherché à atténuer par l’adoption de la restriction géographique prévue à l’article 16. En règle générale, toute activité qui contrevient aux principes du droit international présente ces risques, à moins que le législateur ait l’intention manifeste ou implicite qu’elle ne soit pas limitée par le droit d’un État étranger ou le droit international.

[133] En l’espèce, en cas de recours [***à la méthode de collecte proposée***] il y aura des activités pertinentes qui portent à conséquence sur le plan juridique à l’extérieur du Canada, notamment [***l’activité de collecte contraire aux lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international***]. De plus, l’utilisation de cette [***méthode de collecte proposée***] dans ces circonstances serait incompatible avec le principe de la courtoisie internationale. [***La méthode de collecte proposée***] implique de nombreuses activités à l’extérieur du Canada,

legally relevant and that invites the risks Parliament has sought to mitigate.

[134] To respond to the questions as framed by the *amici*, [***the collection of information***] without regard to whether [***the information is outside Canada, using the proposed collection method***] does not, on these facts, satisfy the “within Canada” limitation as prescribed at section 16 of the CSIS Act. In addition, section 21 of the CSIS Act does not provide this Court with the authority to approve Service activity [***outside Canada***] that would breach [***foreign domestic and/or international law and/or the international law principle of non-intervention***] where warrants are sought pursuant to section 16.

[135] The Attorney General has brought the recent decision of Justice James O’Reilly in CSIS [***] to my attention on the basis that it addresses, in part, an issue that relates to the “within Canada” limitation at section 16. In that decision Justice O’Reilly concludes that the activity under review is consistent with the geographic limitations imposed by section 16 despite a potential extraterritorial element. The circumstances in CSIS [***] appear significantly different from those before me, and based on the description of the activities set out in that decision, it is not evident that any extraterritorial actions would be characterized as being significant to the assistance or collection activity.

[136] Although my conclusion will [***] that outcome is unavoidable in the face of the section 16 limitation. I agree with Justice Noël’s view that to conclude otherwise is to usurp the role of Parliament.

JUDGMENT

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The application for a warrant to [***collect information by the proposed collection

activités qui sont pertinentes sur le plan juridique et qui présentent les risques que le législateur cherchait à atténuer. Les risques pour le Canada ne sont pas qu’hypothétiques [***].

[134] Voici la réponse aux questions posées par les *amici* : [***la collecte d’information***] sans distinction quant à [***savoir si l’information provient de l’étranger, en utilisant la méthode de collecte proposée***] ne respecte pas, en l’espèce, la restriction « dans les limites du Canada » prévue à l’article 16 de la Loi sur le SCRS. En outre, l’article 21 de la Loi sur le SCRS ne confère pas à la Cour le pouvoir d’approuver des activités du Service [***à l’extérieur du Canada***] visé par des demandes de mandats présentées en vertu de l’article 16 qui contreviendraient aux [***lois étrangères ou internationales, ou le principe de non-ingérence reconnu en droit international***].

[135] Le procureur général a porté à mon attention la décision récente du juge James O’Reilly dans le dossier SCRS [***] car elle aborde, en partie, une question relative à la restriction « dans les limites du Canada » prévue à l’article 16. Le juge O’Reilly y conclut que, dans les circonstances et malgré un élément extraterritorial potentiel, l’activité d’assistance en question respecte les restrictions géographiques imposées par l’article 16. Les circonstances semblent très différentes de celles en l’espèce, et selon la description qui en est donnée dans cette décision, il n’est pas évident que toute action extraterritoriale serait caractérisée comme étant importante pour l’activité d’assistance ou de collecte.

[136] En raison de ma conclusion, [***] il s’agit toutefois d’une issue inévitable, compte tenu de la restriction prévue à l’article 16. J’abonde dans le sens du juge Noël : en arriver à une autre conclusion reviendrait à usurper le rôle du législateur.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de mandat visant [***la collecte d’information par l’entremise de la méthode

method***] for the purpose of providing assistance to the Minister [***] pursuant to section 16 of the CSIS Act, is dismissed;

2. A copy of this judgment and reasons shall be placed on Court file [***the contemporaneous cause***]; and
3. These reasons shall, within 20 days of the date of this judgment and reasons, be reviewed by counsel for the Attorney General and the Canadian Security Intelligence Service for the purposes of identifying what parts of the judgment and reasons can be made public. After those 20 days, and within the following 20 days, the *amici* shall review the suggested redactions. Both are to be guided by the open court principle and shall work cooperatively in conducting this review. Any contentious issues shall be referred to the undersigned within the following five days for determination.

proposée***] pour prêter assistance au ministre [***] en vertu de l'article 16 de la Loi sur le SCRS est rejetée;

2. Une copie de ce jugement et de ces motifs sera placée dans le dossier de la Cour [***du cas simultané***]; et
3. Dans les 20 jours suivant la date du présent jugement et des motifs qui l'accompagnent, l'avocat du procureur général et du Service canadien du renseignement de sécurité les passera en revue pour en déterminer les parties qui peuvent être rendues publiques. Au cours des 20 jours suivants, les *amici* examineront leurs recommandations. Les deux parties collaboreront dans le respect du principe de la publicité des débats judiciaires. Toute question litigieuse sera portée à l'attention du soussigné dans les cinq jours suivants pour être tranchée.

[***]
2020 FC 697

[***]
2020 CF 697

In The Matter of an application by [*] for warrants pursuant to sections 16 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23**

DANS L’AFFAIRE d’une demande de mandats présentée par [*] en vertu des articles 16 et 21 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23**

And In The Matter of [*a foreign state, group of states, corporation or person***]**

Et dans l’affaire visant [*un État étranger, un groupe d’États étrangers, une personne morale étrangère ou une personne étrangère***]**

INDEXED AS: CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (RE)

RÉPERTORIÉ : LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ (RE)

Federal Court, O’Reilly J.—Ottawa, March 15, 16, 20, April 24, July 11, 2018 and June 16, 2020.

Cour fédérale, juge O’Reilly—Ottawa, 15, 16 et 20 mars, 24 avril, 11 juillet 2018 et 16 juin 2020.

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

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

*Security Intelligence — Application for warrants to gather foreign intelligence pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act or Act), s. 16 — Number of issues arising in context of s. 16 over recent years also considered — Act, s. 16 granting Canadian Security Intelligence Service (Service or CSIS) authority to provide assistance to Minister of National Defence or Minister of Foreign Affairs by collecting information or intelligence about capabilities, intentions, or activities of foreign state or foreign person — Service’s role under s. 16 distinct from its primary mandate to investigate threats to security of Canada under Act, s. 12 — Application including submissions on amendments that Service seeking to templates on which s. 16 warrants initially based, as well as representations on treatment of information collected about Canadians, including elected officials, during s. 16 investigations — Court appointing two amici curiae in proceeding; asked to address additional specific issues which consolidated — At issue was: scope of CSIS Act, s. 16 (particularly as it relates to collection of information about Canadians, to concurrent investigations of threats to security of Canada under s. 12, appropriate warrant templates for execution of intrusive powers in collection of foreign intelligence); whether s. 16 authorizing use of cellular site simulator (CSS) technology; whether s. 16 authorizing interception of [***] data; whether s. 16 authorizing interception of [***foreign persons***] communications outside Canada — Section 16 providing broad powers but Service’s mandate thereunder containing limits — Service’s authority to collect foreign intelligence strictly confined to foreign entities, precluding targeting of Canadians — Service can intercept communications of Canadians under s. 16 only incidentally;*

*Renseignement de sécurité — Demande de mandats visant la collecte de renseignements étrangers au titre de l’art. 16 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) — Un certain nombre de questions ayant trait à l’art. 16 soulevées au cours des dernières années ont été traitées également — L’art. 16 autorise le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) à prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères à la collecte d’informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités d’un étranger ou d’un État étranger — Ce rôle diffère de celui, fondamental, que l’art. 12 de cette même loi confie au Service : enquêter sur les menaces pour la sécurité du Canada — La demande était assortie d’observations portant sur des modifications que le Service voulait apporter aux modèles des mandats relatifs à l’art. 16, ainsi que sur le traitement des informations sur des Canadiens, y compris des élus, recueillies dans le cadre d’enquête menée au titre de ce même article — La Cour a nommé deux amici curiae et a été invitée à se prononcer sur d’autres points en particulier, qui avaient été rassemblés — Il s’agissait de savoir quelle est la portée de l’art. 16 de la Loi sur le SCRS (relativement, surtout, à la collecte d’informations sur des Canadiens, aux enquêtes menées simultanément sur les menaces pour la sécurité du Canada en vertu de l’art. 12 et aux modèles de mandats permettant l’exercice de pouvoirs intrusifs pour la collecte de renseignements étrangers); si l’art. 16 autorise le recours aux émulateurs de station de base (ESB); si l’art. 16 autorise l’interception de données [***]; et si l’art. 16 autorise l’interception de communications [***des personnes étrangères***] à l’extérieur*

has overarching duty to minimize intrusions on privacy of Canadians who are innocent third parties to s. 16 investigation — Where appropriate, Court can impose terms or conditions on execution of s. 16 warrant to curtail excessive intrusions on privacy — Parliamentary privilege not justifying creation of special rules or guidelines to address situations where communications of elected officials intercepted pursuant to s. 16 warrants — Service should advise Court of guidelines it develops for distributing, unminimizing identities of Canadians whose communications incidentally intercepted; permit Court opportunity to comment thereon — Service took steps to ensure no operational interaction existing between Service's foreign intelligence activities under s. 16, its s. 12 mandate relating to security intelligence; addressing Court's concerns in serious way — Service's proposed amendments would bring s. 16 warrant templates in line with s. 12 templates — Regarding Service's ability to capture information through use of CSS, minimally intrusive searches authorized by s. 16 without requirement of warrant — Sufficient safeguards constraining potential over-extension of Service's foreign intelligence role to satisfy Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 respecting minimally intrusive searches, such as use of CSS without warrant — Therefore, in present context, no significant difference between nature, purpose of s. 16 as compared to s. 12 — Interceptions of [***] data capture more personal information than CSS operations — Service engaging in [***] surveys whereby Service trying to identify particular device used by target of investigation — Surveys at issue may involve collection of intrusive lifestyle information — Thus, impartial judicial prior authorization (i.e. warrant) required for Service to collect such information — Act, s. 16 requiring that foreign intelligence be collected only "within Canada" which unambiguously meaning within Canada's geographical boundaries — Geographical requirements of s. 16 met when interceptions taking place within Canada in respect of communications outside Canada — Application allowed.

This case began as an application for warrants to gather foreign intelligence pursuant to section 16 of the *Canadian*

du Canada — L'art. 16 accorde des pouvoirs étendus, mais le rôle qu'il confère au Service est limité — Le pouvoir de ce dernier de recueillir des renseignements étrangers est strictement circonscrit aux entités étrangères; il ne peut pas viser des Canadiens — Le Service ne peut intercepter les communications de Canadiens au titre de l'art. 16 que de manière incidente; il est tenu de minimiser le degré d'empiètement sur la vie privée de Canadiens qui sont des tiers innocents dans le cadre d'une enquête menée au titre de l'art. 16 — S'il y a lieu, la Cour peut imposer des conditions à l'exécution d'un mandat relatif à l'art. 16 afin de limiter l'empiètement excessif sur la vie privée — Le privilège parlementaire ne justifie pas la création de règles ou de directives spéciales pour le traitement des cas d'interception de communications d'élus au titre de l'art. 16 — Le Service devrait informer la Cour de la teneur des lignes directrices qu'il se donne quant au renversement de la divulgation minimale d'informations permettant de reconnaître des Canadiens dont les communications ont été interceptées de manière incidente, et donner à la Cour l'occasion de les commenter — Le Service a pris des mesures pour qu'il n'y ait aucune interaction de nature opérationnelle entre les activités de renseignement étranger qu'il mène en lien avec l'art. 16 et le mandat que lui donne l'art. 12 en matière de renseignement de sécurité; il a tenu compte des préoccupations de la Cour avec sérieux — Le Service a proposé des modifications destinées à aligner les modèles de mandats liés à l'art. 16 sur ceux liés à l'art. 12 — En ce qui concerne la capacité du Service de capturer des informations au moyen d'ESB, l'art. 16 autorise la réalisation, sans mandat, de fouilles minimalement envahissantes — Il existe suffisamment de mécanismes permettant d'empêcher le Service d'aller trop loin dans son rôle eu égard au renseignement étranger pour que soit respecté l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés quant aux fouilles minimalement envahissantes menées sans mandat, comme l'utilisation d'ESB — Partant, dans ce contexte, il n'y avait aucune différence importante entre les art. 12 et 16 en ce qui a trait à la nature et à l'objet — L'interception de données [***] permet d'obtenir davantage d'informations personnelles que les opérations fondées sur les ESB — Le Service effectue des sondages [***] par lesquels il tente de reconnaître l'appareil en particulier qu'utilise la cible de l'enquête — Les sondages en question peuvent entraîner la collecte envahissante d'informations sur le mode de vie — Par conséquent, le Service doit obtenir au préalable une autorisation judiciaire impartiale, c'est-à-dire un mandat, pour recueillir ces informations — Aux termes de l'art. 16, les renseignements étrangers ne peuvent être recueillis que « dans les limites du Canada », ce qui signifie, sans équivoque, dans les frontières géographiques du pays — Il y a respect de la restriction géographique de l'art. 16 lorsqu'il y a interception, dans les limites du Canada, de communications à l'étranger — Demande accueillie.

Une demande de mandats visant la collecte de renseignements étrangers au titre de l'article 16 de la *Loi sur le service*

Security Intelligence Service Act (CSIS Act or Act). It then grew, becoming a vehicle for the consideration of a number of issues that have arisen in the context of section 16 over recent years. Section 16 of the Act grants the Canadian Security Intelligence Service (Service or CSIS) authority to provide assistance to the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs by collecting information or intelligence about the capabilities, intentions, or activities of a foreign state or foreign person. The Service's role under section 16 is distinct from its primary mandate to investigate threats to the security of Canada under section 12 of the Act. When the original application was heard, the Court was alerted that the application would include submissions on amendments that the Service was seeking to the templates on which section 16 warrants were then based, as well as representations on the treatment of information collected about Canadians, including elected officials, in the course of section 16 investigations. The latter was in response to an earlier Direction from the Court requesting the Service to explain its practices and procedure in a future section 16 warrant application. Two *amici curiae* were appointed by the Court. Later, the Attorney General of Canada (AGC) sought to address other issues that had not been previously considered by the Court in the section 16 context. In addition to the issues relating to the warrant templates and the treatment of information about Canadians, the AGC, jointly with the *amici*, requested that the Court address other specific issues. These various issues were consolidated and rulings were made.

At issue was: the scope of section 16 of the CSIS Act (particularly as it relates to the collection of information about Canadians and to concurrent investigations of threats to the security of Canada under section 12, and the appropriate warrant templates for the execution of intrusive powers in the collection of foreign intelligence); whether section 16 authorizes use of cellular site simulator (CSS) technology; whether section 16 authorizes interception of [***] data; and whether section 16 authorizes interception of [***foreign persons***] communications outside Canada.

Held, the application should be allowed.

Although the Service's need to be involved in protecting Canada from foreign clandestine activities is merely a secondary role, section 16 provides broad powers. However, the Service's section 16 mandate contains limits. Its authority to collect foreign intelligence has always been strictly confined to foreign entities and has precluded the targeting of Canadians. Section 16 allows the Service, within Canada, to gather information or intelligence about a foreign state or group of foreign states, or of a person who is not a Canadian citizen, permanent

canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) était à l'origine de la présente espèce, qui a ensuite pris de l'ampleur pour devenir un véhicule propice au traitement de questions ayant trait à l'article 16 soulevées au cours des dernières années. L'article 16 de la Loi sur le SCRS autorise le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) à prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères à la collecte d'informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités d'un étranger ou d'un État étranger. Ce rôle diffère de celui, fondamental, que l'article 12 de cette même loi confie au Service : enquêter sur les menaces pour la sécurité du Canada. Lors de l'audition de la demande originale, la Cour a été avisée que la demande serait assortie d'observations portant sur des modifications que le Service voulait apporter aux modèles des mandats relatifs à l'article 16, ainsi que sur le traitement des informations sur des Canadiens, y compris des élus, recueillies dans le cadre d'enquête menée au titre de ce même article. Ce dernier point faisait suite à une directive antérieure par laquelle la Cour avait demandé au Service d'expliquer ses pratiques et procédures dans une future demande de mandats relatifs à l'article 16. La Cour a nommé deux *amici curiae*. Par la suite, le procureur général du Canada (procureur général) a cherché à aborder des questions que la Cour n'avait pas encore prises en considération dans le contexte de l'article 16. Outre ce qui concernait les modèles de mandats et le traitement des informations sur des Canadiens, le procureur général, d'un commun accord avec les *amici*, a demandé que la Cour se prononce sur d'autres points en particulier. Ces diverses questions ont été rassemblées et des décisions ont été rendues.

Il s'agissait de savoir quelle est la portée de l'article 16 de la Loi sur le SCRS (relativement, surtout, à la collecte d'informations sur des Canadiens, aux enquêtes menées simultanément sur les menaces pour la sécurité du Canada en vertu de l'article 12 et aux modèles de mandats permettant l'exercice de pouvoirs intrusifs pour la collecte de renseignements étrangers); si l'article 16 autorise le recours aux émulateurs de station de base (ESB); si l'article 16 autorise l'interception de données [***]; et si l'article 16 autorise l'interception de communications [***des personnes étrangères***] à l'extérieur du Canada.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Bien que la participation du Service à la protection du Canada contre les activités clandestines d'origine étrangère ne soit qu'un rôle secondaire, l'article 16 accorde des pouvoirs étendus. Par contre, le rôle que confère l'article 16 au Service est limité. Son pouvoir de recueillir des renseignements étrangers a toujours été strictement circonscrit aux entités étrangères; il ne peut pas viser des Canadiens. L'article 16 autorise le Service, dans les limites du Canada, à recueillir des informations ou des renseignements sur un État étranger ou

resident of Canada, or a Canadian corporation. This means that the Service can intercept communications of Canadians under section 16 only incidentally. The Service has an overarching duty to minimize intrusions on the privacy of Canadians who are innocent third parties to a section 16 investigation. Where appropriate, the Court can impose terms or conditions on the execution of a section 16 warrant to curtail excessive intrusions on privacy. The fact that incidental collection of communications by, and information about, Canadians is an inevitable by-product of the collection of foreign intelligence under section 16 has been recognized since the creation of the Service. At the same time, the collection, retention, and use of incidentally intercepted information raises concerns about Canadians' privacy. Previously, the Court had requested an explanation from the Service as to CSIS retention practices of communications of Canadians with [***foreign person***] in particular. On receiving the Service's response, a further Direction was issued directing that the legal issue on the legitimacy of collection and retention when related to information on Canadians, and even more so when such Canadians are democratically elected representatives, be raised as part of a new section 16 warrant application to allow the Court to have all the information needed to make a proper determination if required. The Service complied with this Direction in the present application. Regarding the Service's practices relating to information about Canadians, the Service emphasized the scope of the current safeguards in respect of the collection of foreign intelligence pursuant to section 16. A policy on the minimization of information about Canadians was also adopted and this serves to limit disclosure of the identities of Canadians in all section 16 related intelligence.

A particular concern related to the incidental interception of communications between members of federal or provincial legislatures and foreign persons or entities—an inevitable consequence of foreign intelligence gathering. Parliamentary privilege does not justify the creation of special rules or guidelines to address situations where the communications of elected officials are intercepted pursuant to section 16 warrants. The *amici* were right in stating that the Service should develop criteria and guidelines on the unminimization of identifying information about Canadians. Greater protection should be granted to information about Canadians incidentally collected in the gathering of foreign intelligence. Without guidelines, decisions about the retention, disclosure, and distribution of this information is left to individual discretion. The information about Canadians that the Service obtains in this fashion merits special care and respect. That is even more true for

un groupe d'États étrangers, ou sur une personne qui n'est pas un citoyen canadien, un résident permanent du Canada ou une personne morale constituée au Canada. Partant, le Service ne peut intercepter les communications de Canadiens au titre de l'article 16 que de manière incidente. Le Service est tenu de minimiser le degré d'empiètement sur la vie privée de Canadiens qui sont des tiers innocents dans le cadre d'une enquête menée au titre de l'article 16. S'il y a lieu, la Cour peut imposer des conditions à l'exécution d'un mandat relatif à l'article 16 afin de limiter l'empiètement excessif sur la vie privée. Le caractère inévitable de l'interception de communications de Canadiens et de l'obtention d'informations sur des Canadiens de manière incidente dans le cadre de la collecte de renseignements étrangers au titre de l'article 16 est un état de fait reconnu depuis la création du Service. Parallèlement, la collecte, la conservation et l'utilisation des informations recueillies de manière incidente soulèvent des préoccupations quant à la vie privée des Canadiens. Par le passé, la Cour a demandé au Service de fournir des explications sur ses [TRADUCTION] « pratiques de conservation de communications de Canadiens avec [***des personnes étrangères***] » en particulier. Par suite de la réponse du Service, la Cour a formulé une autre directive dans laquelle elle a demandé que la question juridique de la légitimité de la collecte et de la conservation d'informations sur des Canadiens, surtout lorsqu'il s'agit de représentants élus démocratiquement, soit soulevée dans une nouvelle demande de mandats relatifs à l'article 16 afin que la Cour puisse avoir à sa disposition toutes les informations nécessaires pour se prononcer adéquatement, s'il y a lieu. Le Service s'est conformé à cette directive dans la demande en l'espèce. En ce qui concerne les pratiques du Service quant aux informations sur des Canadiens, le Service a mis en relief la portée des mesures de protection en vigueur quant à la collecte de renseignements étrangers au titre de l'article 16. Une politique sur la divulgation minimale d'informations sur des Canadiens a été adoptée également, et elle sert à limiter la divulgation de l'identité de Canadiens dans tout renseignement lié à l'article 16.

L'interception, de manière incidente, de communications entre des députés fédéraux ou provinciaux et des étrangers ou des organisations étrangères a soulevé une préoccupation particulière, mais il s'agit d'une conséquence inévitable de la collecte de renseignements étrangers. Le privilège parlementaire ne justifie pas la création de règles ou de directives spéciales pour le traitement des cas d'interception de communications d'élus au titre de l'article 16. Les *amici* ont déclaré à juste titre que le Service devrait se donner des critères et des lignes directrices quant au renversement de la divulgation minimale d'informations permettant de reconnaître des Canadiens. Il y a lieu d'accroître la protection accordée aux informations sur des Canadiens recueillies de manière incidente dans le cadre de la collecte de renseignements étrangers. Sans lignes directrices, les décisions sur la conservation, la communication et la diffusion de ces informations relèvent de

information about public officials and senior public officials, as the Service's policies already recognize. The Service should advise the Court of the content of the guidelines on this matter it develops and permit the Court an opportunity to comment on them. In individual warrant applications, the Service should continue to inform the Court when there may be incidental interceptions of Canadians' communications. It should also specifically disclose when there is a possibility that the communications of an elected official or other public servant may be intercepted. This disclosure requirement will permit the Court, where appropriate, to attach terms and conditions on the execution of the warrants it issues.

An ongoing concern was the potential overlap between, or the blending of, the Service's mandates under section 16 and section 12 of the Act. Accordingly, the Service was asked to address this issue based on the observation that some recent requests for warrants under section 16 for foreign intelligence purposes resemble applications under section 12 for warrants to investigate threats to national security. The concern was that section 16 could come to be used as an alternative or a supplement to section 12 contrary to the intention of Parliament when enacting the CSIS Act. The Service satisfactorily addressed this issue. The evidence they submitted showed that the Service has taken steps to ensure that there is no operational interaction between the Service's foreign intelligence activities under section 16 and its section 12 mandate relating to security intelligence. In brief, the Service addressed all concerns in a serious way in both its operations and policies and there was no need to propose any further action on the Service's part.

The Service proposed a number of amendments that would bring section 16 warrant templates in line with section 12 templates. The proposed modifications did not raise any legal issues. Any changes or improvements to the wording of the section 12 warrant templates should generally result in corresponding changes to the warrant templates applicable in the foreign intelligence context.

The Service sought to confirm that its authority pursuant to section 16 of the CSIS Act includes the ability to capture information through use of CSS, which can be used to obtain data emitted by mobile devices. Minimally intrusive searches are authorized by section 16 without the requirement of a warrant. There are at least three notable differences in the nature and purpose of section 16 as compared to section 12. First, the role given to the Service under section 16 is permissive, not mandatory. Second, the Service's section 16 mandate is not a direct responsibility to collect intelligence. The Service's role

la discrétion de chacun. Les informations sur des Canadiens que le Service obtient ainsi méritent d'être traitées avec un soin particulier, à plus forte raison celles qui touchent des représentants officiels et de hauts fonctionnaires, comme le reconnaissent déjà les politiques du Service. Le Service devrait informer la Cour de la teneur de ces lignes directrices et lui donner l'occasion de les commenter. Dans chaque demande de mandats, le Service devrait continuer d'informer la Cour des cas possibles d'interception, de manière incidente, de communications de Canadiens, particulièrement s'il peut s'agir d'élus ou de fonctionnaires. Au besoin, la Cour pourra ainsi fixer des conditions à l'exécution des mandats qu'elle décerne.

Le possible chevauchement des rôles confiés au Service par les articles 12 et 16 de la Loi sur le SCRS, voire la confusion entre les deux, constituait une préoccupation permanente. Partant, le Service a été prié d'étudier la question, compte tenu du fait que certaines demandes de mandats récemment faites au titre de l'article 16 en matière de renseignement étranger ressemblaient à des demandes de mandats relatives à des enquêtes sur des menaces pour la sécurité nationale, qui relèvent de l'article 12. Cette situation était préoccupante en ce sens que l'article 16 pourrait finir par servir de solution de rechange ou de complément à l'article 12, contrairement à l'intention du législateur à l'adoption de la Loi sur le SCRS. Le Service a réglé cette question de façon satisfaisante. La preuve qu'il a produite a démontré qu'il a pris des mesures pour qu'il n'y ait aucune interaction de nature opérationnelle entre les activités de renseignement étranger qu'il mène en lien avec l'article 16 et le mandat que lui donne l'article 12 en matière de renseignement de sécurité. Bref, le Service a tenu compte de toutes les préoccupations avec sérieux tant dans ses opérations que dans ses politiques, et il n'était pas nécessaire de proposer l'adoption d'autres mesures par le Service.

Le Service a proposé un certain nombre de modifications destinées à aligner les modèles de mandats liés à l'article 16 sur ceux liés à l'article 12. Ces modifications ne soulevaient aucune question juridique. En règle générale, tout changement ou toute amélioration au libellé des modèles de mandats relatifs à l'article 12 devrait entraîner des modifications correspondantes dans les modèles de mandats applicables au renseignement étranger.

Le Service a cherché à confirmer que ses pouvoirs au titre de l'article 16 de la Loi sur le SCRS comprennent la capacité de capturer des informations au moyen d'émutateurs de station de base (ESB), qui peuvent permettre d'obtenir des données émises par des appareils mobiles. L'article 16 autorise la réalisation, sans mandat, de fouilles minimalement envahissantes. Il existe au moins trois grandes différences entre la nature et l'objet des articles 12 et 16. D'abord, l'article 16 donne au Service une autorisation; il ne lui impose pas une contrainte. Ensuite, l'article 16 ne charge pas directement le Service de recueillir

is to assist the named ministers. Third, section 16 does not require that the collection of the information or intelligence be “strictly necessary” or set out a standard comparable to the “reasonable suspicion” threshold. While the mandate given to the Service under section 16 differs in important ways from its section 12 role, that is not the equivalent of stating that the nature and purpose of section 16 is somehow less important or less vital to Canada’s interests than those animating section 12. There exists sufficient safeguards constraining the potential over-extension of the Service’s foreign intelligence role to satisfy section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in respect of minimally intrusive searches, such as the use of CSS, without a warrant. Therefore, in this context, there was not a significant difference between the nature and purpose of section 16 as compared to section 12. In both areas, the Service’s role furthers pressing national interests. In addition, though section 16 may lack the limiting language of section 12, it contains an essential constraint that does not apply to section 12—section 16 targets only foreign persons and states, not Canadians. Therefore, no conflict between the warrantless use of CSS and section 8 of the Charter existed. Section 16 provides a sufficient and reasonable statutory basis for warrantless searches, so long as they are minimally intrusive and conducted in a reasonable manner.

Interceptions of [***] data capture more personal information than CSS operations and require a warrant. The Service engages in [***] surveys, whereby the Service obtains [***] in an effort to identify a particular device used by a target of an investigation. A survey involves the use of a device specially configured to capture [***]. The Service submitted that the most valuable information it obtains in support of its section 16 mandate often comes from intercepted communications of those [***foreign persons***] who are associated with [***foreign states, groups of foreign states, or foreign corporations***] in respect of which the Service is currently assisting the Minister. Similar to the use of CSS technology, the surveys at issue allow the Service to obtain the unique electronic identifiers associated with the devices which, in turn, will permit the Service to conduct warranted interceptions. Minimally intrusive [***] surveys conducted pursuant to section 16 are carried out reasonably. As with CSS technology, there is no impact on any private communications or other private information stored in the device. Any third-party information collected is destroyed. Given the difference between CSS operations, which involve minimally intrusive collections, and the surveys at issue, which may involve collection of intrusive lifestyle information, the latter require a warrant. These surveys may result in the gathering of personal information that is not open to public view and not released or abandoned by the targets of investigations. These factors tend in the direction of requiring a

des renseignements. Le rôle du Service est de prêter son assistance aux ministres mentionnés. Enfin, l’article 16 n’exige pas que la collecte d’informations ou de renseignement se fasse « dans la mesure strictement nécessaire » ni n’établit un critère comparable à celui des « motifs raisonnables de soupçonner ». S’il existe des différences importantes entre les rôles que confèrent au Service les articles 12 et 16, cela ne revient pas à affirmer que la nature et l’objet de l’article 16 sont, en quelque sorte, moins importants ou cruciaux pour les intérêts du Canada que ceux de l’article 12. Il existe suffisamment de mécanismes permettant d’empêcher le Service d’aller trop loin dans son rôle eu égard au renseignement étranger pour que soit respecté l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* quant aux fouilles minimalement envahissantes menées sans mandat, comme l’utilisation d’ESB. Partant, dans ce contexte, il n’y avait aucune différence importante entre les articles 12 et 16 en ce qui a trait à la nature et à l’objet. Dans les deux domaines, le rôle du Service sert les intérêts nationaux. En outre, bien qu’il ne comporte pas le libellé limitatif de l’article 12, l’article 16 comporte une contrainte essentielle à laquelle échappe l’article 12 : seuls des étrangers et des États étrangers peuvent être visés; les cibles ne peuvent pas être des Canadiens. Partant, il n’existe aucun conflit entre l’utilisation d’ESB sans mandat et l’article 8 de la Charte. L’article 16 offre un fondement légal suffisant et raisonnable aux fouilles sans mandat, pourvu qu’elles soient minimalement envahissantes et effectuées de manière raisonnable.

L’interception de données [***] permet d’obtenir davantage d’informations personnelles que les opérations fondées sur les ESB et nécessite un mandat. Le Service effectue ce qu’il appelle des « sondages [***] » qui lui permettent d’obtenir [***] en vue de reconnaître celui qu’utilise la cible de l’enquête. Pour ce faire, il utilise un appareil spécialement configuré pour capter [***]. Le Service a avancé que les informations les plus utiles qu’il recueille dans l’exercice du rôle que lui confie l’article 16 découlent des communications interceptées [***des personnes étrangères***] qui sont associées à [***des États étrangers, groupes d’États étrangers, ou personnes morales étrangères***] à propos desquels il prête actuellement son assistance au ministre. À l’instar des ESB, les sondages en question permettent au Service d’obtenir les identifiants électroniques uniques ayant trait aux appareils, ce qui lui permet ensuite de procéder, en vertu de mandats, à des interceptions. Les sondages [***] minimalement envahissants, menés au titre de l’article 16, le sont raisonnablement. Comme pour la technologie relative aux ESB, il n’y a aucune incidence sur les communications privées ou toute autre information privée stockée dans l’appareil. Les informations de tiers recueillies sont détruites. Compte tenu de la différence entre une opération fondée sur les EBS, qui implique une collecte minimalement envahissante, et les sondages en question, qui peuvent entraîner la collecte envahissante d’informations sur le mode de vie, ce dernier nécessite un mandat. De tels sondages peuvent

warrant. While section 16 is a reasonable law to the extent that it permits conducting minimally intrusive searches without a warrant, the same conclusion could not be reached regarding the surveys at issue that collect personal lifestyle information. Thus, impartial judicial prior authorization—a warrant—is required for the Service to collect that information.

Section 16 requires that foreign intelligence be collected only “within Canada”. The words “within Canada” have been the subject of other litigation in the Court, most particularly in the case of *X (Re)* ([***)] where it was concluded that the words “within Canada” in section 16 unambiguously mean within Canada’s geographical boundaries. The geographical requirements of section 16 are met when interceptions take place within Canada in respect of communications outside Canada. In the absence of clear legal authority permitting the Service to intercept a person’s communications outside of Canada, the Service’s current practice is to terminate an interception if it becomes aware that a subject has left Canada. However, if the Service is not aware of that, the interceptions will continue. Based on the evidence, the Service’s proposed interceptions will be made within Canada and will comply with the geographical limits of section 16.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “threats to the security of Canada”, 12, 12.1, 12.2, 16, 21, 21.1.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 184, 430(1.1)(c).
Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2, s. 9(1)(b).

CASES CITED

APPLIED:

X (Re), 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, aff’d 2018 FCA 207; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *X (Re)*, 2017 FC 1047, [2018] 3 F.C.R. 111.

mener à la collecte de renseignements personnels à caractère privé, qui n’ont été ni divulgués ni abandonnés par la cible d’une enquête. Ces facteurs tendent à démontrer qu’un mandat est nécessaire. Si l’article 16 est une disposition législative raisonnable qui permet la réalisation de fouilles minimalement envahissantes sans mandat, il est impossible de trancher de la même manière en ce qui a trait aux sondages en question qui permettent de recueillir des renseignements personnels sur le mode de vie. Par conséquent, le Service doit obtenir au préalable une autorisation judiciaire impartiale, c’est-à-dire un mandat, pour recueillir ces informations.

Aux termes de l’article 16, les renseignements étrangers ne peuvent être recueillis que « dans les limites du Canada ». La Cour a été saisie d’autres litiges relatifs à l’expression « dans les limites du Canada », surtout dans *X (Re)* ([***)], où elle a conclu que l’expression « dans les limites du Canada » figurant à l’article 16 signifie, sans équivoque, dans les frontières géographiques du pays. Il y a respect de la restriction géographique de l’article 16 lorsqu’il y a interception, dans les limites du Canada, de communications à l’étranger. Puisqu’aucune disposition législative ne l’autorise clairement à intercepter les communications d’une personne à l’étranger, le Service a pour pratique de mettre fin à l’interception s’il apprend que [la personne étrangère] a quitté le Canada. L’interception se poursuivra cependant si [***la personne étrangère***] quitte le pays à l’insu du Service. Compte tenu de ces éléments de preuve, les interceptions que propose le Service auront lieu dans les limites du Canada et, partant, respecteront la restriction géographique prévue à l’article 16.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 184, 430(1.1)c).
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 9(1)b).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « menaces envers la sécurité du Canada », 12, 12.1, 12.2, 16, 21, 21.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

X (Re), 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567, conf. par. 2018 CAF 207; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *X (Re)*, 2017 CF 1047, [2018] 3 R.C.F. 111

CONSIDERED:

X (Re), 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2012 FC 1437, [2014] 2 F.C.R. 514; *Caroline Lucas MP and Ors v. Security Service and Ors*, [2015] UKIPTrib 14_79-CH; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *X (Re)*, 2009 FC 1058, [2010] 1 F.C.R. 460.

REFERRED TO:

R. v. Chesson, [1988] 2 S.C.R. 148, (1988), 90 A.R. 347; *Pankiw v. Canada (Human Rights Commission)*, 2006 FC 1544, [2007] 4 F.C.R. 578; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 456; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 145 A.R. 104; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432.

AUTHORS CITED

British Columbia. Legislative Assembly, *Hansard*, 32nd Parl., 2nd Sess. (June 6, 1980).

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, 32nd Parl., 2nd Sess., Issue No. 38 (June 7, 1984).

Canada. Parliament. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service. *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: Supply and Services Canada (November 1983).

Canada. Parliament. Senate. Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service. *Proceedings of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service on the subject matter of Bill C-157*, 32nd Parl., 1st Sess., 1983.

Canada. Public Safety. *Ministerial Directive on Legislators' Privileges and Immunities in relation to Part IV.1 of the Criminal Code within the Precincts of Parliament, Provincial and Territorial Assemblies*, Ottawa: Solicitor General Canada, 1983.

Cheifetz, David. "Protection of Confidential Communications of Members of Parliament" (1981), 4 *Can. Parl. Rev.* 17.

House of Commons Procedure and Practice, 2nd ed. Ottawa: House of Commons, 2009.

Security Intelligence Review Committee. *Annual Report*, 1993–1994.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

X (Re), 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *Renvoi relatif à la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, 2012 CF 1437, [2014] 2 R.C.F. 514; *Caroline Lucas MP and Ors v. Security Service and Ors*, [2015] UKIPTrib 14_79-CH; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *X (Re)*, 2009 CF 1058, [2010] 1 R.C.F. 460

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Chesson, [1988] 2 R.C.S. 148; *Pankiw c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2006 CF 1544, [2007] 4 R.C.F. 578; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 456; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, 32^e lég., 2^e sess., fascicule n^o 38 (7 juin 1984).

Canada. Parlement. Sénat. Comité sénatorial spécial sur le Service canadien du renseignement de sécurité, *Délibérations du comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité sur la teneur du projet de loi C-157*, 32^e lég., 1^{re} sess., 1983.

Canada. Parlement. Sénat. Rapport du comité sénatorial spécial sur le Service canadien du renseignement de sécurité. *Équilibre délicat : Un service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, novembre 1983.

Canada. Sécurité publique. *Ministerial Directive on Legislators' Privileges and Immunities in relation to Part IV.1 of the Criminal Code within the Precincts of Parliament, Provincial and Territorial Assemblies*, Ottawa : Solliciteur général Canada, 1983.

Cheifetz, David. « La protection accordée aux communications des députés » (1981), 4 *Rev. parl. can.* 17.

Colombie-Britannique. Legislative Assembly, *Hansard*, 32^e lég., 2^e sess. (6 juin 1980).

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel*, 1993–1994.

Taylor, Donald E. “Electronic Surveillance and Members’ Privileges” (1989), 12 *Can. Parl. Rev.* 12.

La procédure et les usages de la Chambre des communes, 2^e éd. Ottawa : Chambre des communes, 2009.

Taylor, Donald E. « La surveillance électronique et l’immunité parlementaire » (1989), 12 *Rev. parl. can.* 12.

APPLICATION for warrants to gather foreign intelligence pursuant to section 16 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* whereby the initial application grew to consider a number of issues that arose in the context of section 16 of the Act over recent years. Application allowed.

DEMANDE de mandats visant la collecte de renseignements étrangers au titre de l’article 16 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* à l’origine de la présente espèce, qui a ensuite pris de l’ampleur pour traiter des questions ayant trait à l’article 16 soulevées au cours des dernières années. Demande accueillie.

APPEARANCES

Jennifer Poirier and *Amy Joslin-Besner* for applicant Attorney General of Canada.
Gordon Cameron and *Owen Rees* as *amici curiae*.

ONT COMPARU :

Jennifer Poirier et *Amy Joslin-Besner* pour le demandeur, le procureur général du Canada.
Gordon Cameron et *Owen Rees* à titre d’*amici curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant Attorney General of Canada.
Gordon Cameron and *Owen Rees* as *amici curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur, le procureur général du Canada.
Gordon Cameron et *Owen Rees* à titre d’*amici curiae*.

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

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

O’REILLY J.:

LE JUGE O’REILLY :

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph
I. Background.....	1
II. Issue One—What is the scope of section 16 of the CSIS Act?	10
A. Background—The History and Purpose of section 16.....	11
B. Incidental Collection of Information About Canadians.....	18
(1) Introduction.....	18
(2) Background.....	21

	Paragraphe
I. Contexte	1
II. Première question — Quelle est la portée de l’article 16 de la Loi sur le SCRS?	10
A. Contexte — Historique et objet de l’article 16.....	11
B. Collecte, de manière incidente, d’informations sur des Canadiens ...	18
1) Introduction.....	18
2) Contexte.....	21

(3) The Service’s practices relating to information about Canadians.....	26	3) Pratiques du Service quant aux informations sur des Canadiens.....	26
(4) Communications and privileges of elected officials.....	49	4) Communications et privilèges des élus.....	49
C. The Relationship Between section 16 and section 12	75	C. Relation entre les articles 12 et 16.....	75
D. Proposed Changes to the section 16 Warrant Templates	93	D. Modifications proposées aux modèles de mandats relatifs à l’article 16.....	93
(1) Incidental changes to warrant templates.....	95	1) Modifications accessoires aux modèles de mandats	95
(2) Clarifying the scope of some powers.....	97	2) Précision de la portée de certains pouvoirs	97
(3) New powers or locations.....	101	3) Nouveaux pouvoirs ou lieux...	101
(4) Conclusion on warrant templates.....	103	4) Conclusion au sujet des modèles de mandats	103
III. Issue Two—Does section 16 authorize use of CSS technology?	104	III. Deuxième question — L’article 16 autorise-t-il le recours aux ESB?	104
IV. Issue Three—Does section 16 authorize interception of [***] data?	126	IV. Troisième question — L’article 16 autorise-t-il l’interception de données [***]?	126
(1) The Technology	130	1) Technologie.....	130
(2) Does section 16 provide sufficient legal authority?.....	149	2) L’article 16 constitue-t-il une autorisation légale suffisante?.....	149
V. Issue Four—Does section 16 authorize interception of communications outside Canada?	182	V. Quatrième question — L’article 16 autorise-t-il l’interception de communications à l’extérieur du Canada?.....	182
VI. Conclusion and Disposition	194	VI. Conclusion et décision	194
I. <u>Background</u>		I. <u>Contexte</u>	

[1] This case began as an application for warrants to gather foreign intelligence pursuant to section 16 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. 23 [CSIS Act or the Act] (see Annex for all provisions cited). It then grew, becoming a vehicle for the consideration of a number of issues that have arisen in the context of section 16 over recent years.

[2] Section 16 grants the Service [Canadian Security Intelligence Service or CSIS] authority to provide assistance to the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs by collecting information or intelligence about the capabilities, intentions, or activities of a foreign state or foreign person. The Service’s role under

[1] Une demande de mandats visant la collecte de renseignements étrangers au titre de l’article 16 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS) est à l’origine de la présente espèce (les dispositions citées se trouvent en annexe), qui a ensuite pris de l’ampleur pour devenir un véhicule propice au traitement de questions ayant trait à l’article 16 soulevées au cours des dernières années.

[2] L’article 16 de la Loi sur le SCRS autorise le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) à prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères à la collecte d’informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités d’un étranger ou

section 16 is distinct from its primary mandate to investigate threats to the security of Canada under section 12 of the CSIS Act.

[3] The original application before me was heard in October 2017. Counsel for the Attorney General of Canada [AGC] had alerted the Court that the application would include submissions on amendments that the Service was seeking to the templates on which section 16 warrants were then based, as well as representations on the treatment of information collected about Canadians, including elected officials, in the course of section 16 investigations. The latter was in response to an earlier Direction from the Court requesting the Service to explain its practices and procedure in a future section 16 warrant application. (I provide further details relating to that Direction below.)

[4] After the October 2017 hearing, I appointed two amici curiae to assist me, Mr. Gordon Cameron and Mr. Owen Rees. (Mr. Rees withdrew as amicus in the fall of 2018 due to a change in his employment). In March 2018, the AGC sought to address other issues that had not been previously considered by the Court in the section 16 context. In addition to the issues relating to the warrant templates and the treatment of information about Canadians, the AGC, jointly with the amici, requested that I address:

- The interplay between section 12 of the CSIS Act and section 16 (this was in response to concerns expressed periodically by the Court).
- Whether section 16 gives lawful authority for the Service to employ cell-site simulator (CSS) technology.
- Whether section 16 gives lawful authority for the Service to conduct [***] surveys.
- Whether section 6 gives lawful authority for the Service to intercept communications of [***foreign persons***] when they are travelling outside of Canada.

d'un État étranger. Ce rôle diffère de celui, fondamental, que l'article 12 de cette même loi confie au Service : enquêter sur les menaces pour la sécurité du Canada.

[3] La demande originale dont j'ai été saisie a été entendue en octobre 2017. L'avocat du procureur général du Canada (procureur général) avait avisé la Cour que la demande serait assortie d'observations portant sur des modifications que le Service voulait apporter aux modèles des mandats relatifs à l'article 16, ainsi que sur le traitement des informations sur des Canadiens, y compris des élus, recueillies dans le cadre d'enquête menée au titre de ce même article. Ce dernier point faisait suite à une directive antérieure par laquelle la Cour avait demandé au Service d'expliquer ses pratiques et procédures dans une future demande de mandats relatifs à l'article 16 (d'autres détails sur cette directive figurent plus loin).

[4] Après l'audience d'octobre 2017, j'ai nommé deux *amici curiae* pour m'aider, MM. Gordon Cameron et Owen Rees (M. Rees a renoncé à ce rôle à l'automne de 2018 en raison d'un changement d'emploi). En mars 2018, le procureur général a cherché à aborder des questions que la Cour n'avait pas encore prises en considération dans le contexte de l'article 16. Outre ce qui concernait les modèles de mandats et le traitement des informations sur des Canadiens, le procureur général, d'un commun accord avec les *amici*, a demandé que je me prononce sur les points suivants :

- l'interaction entre les articles 12 et 16 de la Loi sur le SCRS (en réponse à des préoccupations soulevées périodiquement par la Cour);
- la possibilité que l'article 16 autorise le Service à faire usage d'émulateurs de station de base (ESB);
- la possibilité que l'article 16 autorise le Service à effectuer des sondages [***];
- la possibilité que l'article 16 autorise le Service à intercepter les communications [***des personnes étrangères***] lorsqu'ils se rendent à l'extérieur du Canada.

[5] Shortly thereafter, the AGC filed a number of additional affidavits relating to these issues. A schedule was worked out for the presentation of evidence and oral arguments. A hearing took place in July 2018 and supplementary written submissions were received up until December 2018.

[6] While I have addressed all of the issues presented to me, I should point out that in some areas this judgment is simply a summary of information I received about the Service's section 16 activities that do not require a definitive ruling. For example, in terms of the Service's policies and practices on collecting and retaining information about Canadians, I describe those matters in detail and note the shortcomings that the amici identified. But I did not have a legal basis on which to order the Service to do more. I do, however, point out areas where the Service's policies and practices should be bolstered. Similarly, I describe how the Service carries out parallel operations under sections 12 and 16 and note some concerns about them but, again, found no legal basis for an order.

[7] However, three areas did require rulings—the proposed use of CSS technology, the collection of [***] data, and the interception of [***foreign persons***] communications outside Canada.

[8] I have consolidated the various issues before me under these four headings:

- i. What is the scope of section 16 of the CSIS Act (particularly as it relates to the collection of information about Canadians and to concurrent investigations of threats to the security of Canada under section 12, and the appropriate warrant templates for the execution of intrusive powers in the collection of foreign intelligence)?
- ii. Does section 16 authorize use of CSS technology?

[5] Peu après, le procureur général a déposé un certain nombre d'autres affidavits ayant trait à ces questions. La présentation des éléments de preuve et des observations orales a été mise au rôle. Une audience a été tenue en juillet 2018, et des observations orales supplémentaires ont été déposées jusqu'en décembre 2018.

[6] Dans le présent jugement, j'aborde toutes les questions dont j'ai été saisi. Je souligne toutefois qu'à certains égards, j'y résume simplement des informations dont j'ai pris connaissance à propos des activités menées par le Service au titre de l'article 16, qui ne requièrent pas que je me prononce de manière définitive. À titre d'exemple, je traite en détail de la question des politiques et des pratiques du Service en matière de collecte et de conservation d'informations sur des Canadiens, et je souligne les lacunes relevées par les *amici*. Toutefois, aucun fondement juridique ne m'a permis d'ordonner au Service d'en faire davantage. Je souligne cependant des domaines pour lesquels il y aurait lieu de renforcer les politiques et les pratiques du Service. De même, je décris comment le Service mène parallèlement des opérations au titre des articles 12 et 16 et souligne quelques préoccupations les concernant, mais je n'ai pu constater aucun fondement juridique à une ordonnance.

[7] Par contre, il m'a fallu trancher au sujet de trois questions : l'utilisation proposée d'ESB, la collecte de données [***] ainsi que l'interception de communications [***des personnes étrangères***] à l'extérieur du Canada.

[8] J'ai rassemblé les diverses questions dont je suis saisi sous quatre rubriques :

- i. Quelle est la portée de l'article 16 de la Loi sur le SCRS (relativement, surtout, à la collecte d'informations sur des Canadiens, aux enquêtes menées simultanément sur les menaces pour la sécurité du Canada en vertu de l'article 12 et aux modèles de mandats permettant l'exercice de pouvoirs intrusifs pour la collecte de renseignements étrangers)?
- ii. L'article 16 autorise-t-il le recours aux ESB?

- iii. Does section 16 authorize interception of [***] data?
- iv. Does section 16 authorize interception of [***foreign persons***] communications outside Canada?

- iii. L'article 16 autorise-t-il l'interception de données [***] ?
- iv. L'article 16 autorise-t-il l'interception de communications [***des personnes étrangères***] à l'extérieur du Canada?

[9] In sum, I find that the Service's treatment of information about Canadians, including elected officials is satisfactory, but should be improved. I also conclude that the Service's approach to parallel investigations pursuant to sections 12 and 16 is satisfactory. I have also found that section 16 provides sufficient legal authority to the Service to use CSS technology. However, I find that section 16 does not provide lawful authority to the Service to intercept [***] data; a warrant is required to do so. Finally, I conclude that section 16 authorizes the interception, within Canada, of a [***foreign person's***] communications while outside Canada.

[9] En résumé, je conclus que le traitement des informations sur des Canadiens — dont des élus — par le Service, quoique satisfaisant, requiert des améliorations. J'ajoute que l'approche du Service quant aux enquêtes menées parallèlement au titre des articles 12 et 16 est satisfaisante. En outre, je constate que l'article 16 en soi autorise le Service à utiliser les ESB. Par contre, il ne l'autorise pas à intercepter sans mandat des données [***]. Enfin, je conclus que l'article 16 autorise l'interception, dans les limites du Canada, des communications [***d'une personne étrangère***] qui se trouve à l'extérieur du Canada.

II. Issue One—What is the scope of section 16 of the CSIS Act?

[10] This application requires me to consider the overall scope of section 16 against which some of the more specific questions set out above can be posed. In this section, I begin with some background, then I will discuss the issue of the incidental collection of information about Canadians, including elected officials, in the conduct of section 16 investigations. I will also compare and contrast section 16 with section 12 and discuss the changes that the Service proposes to make to the section 16 warrant templates, largely to bring section 16 warrants into line with section 12 warrants.

A. *Background—The History and Purpose of section 16*

[11] From the beginning—that is, when the CSIS Act was enacted in 1984—the Service was given the express authority, within Canada, to assist the Minister of National Defence and the Minister of Foreign Affairs in gathering information about the “capabilities, intentions or activities” of foreign states or any persons other than Canadian citizens, permanent residents, or corporations

II. Première question — Quelle est la portée de l'article 16 de la Loi sur le SCRS?

[10] La demande en l'espèce exige que je me penche sur la portée générale de l'article 16 en vue de donner réponse à certaines des questions susmentionnées, plus précises. Dans la présente section, je donne d'abord des éléments de contexte, puis je traite de la question de la collecte, de manière incidente, d'informations sur des Canadiens — dont des élus — dans le cadre d'enquêtes menées au titre de l'article 16. En outre, je compare et mets en contraste les articles 12 et 16. J'expose ensuite les modifications que le Service entend apporter aux modèles de mandats relatifs à l'article 16, en vue, surtout, de les aligner sur les mandats liés à l'article 12.

A. *Contexte — Historique et objet de l'article 16*

[11] Dès le départ, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur le SCRS en 1984, le Service s'est vu confier le pouvoir exprès de prêter son assistance, dans les limites du Canada, aux ministres de la Défense nationale et des Affaires étrangères à la collecte d'informations sur « les moyens, les intentions ou les activités » d'un État étranger ou d'une personne qui n'entre dans

(paragraphs 16(1)(a),(b)). In this decision, I will refer to this mandate as the Service’s role in gathering “foreign intelligence.”

[12] It was also clear, however, that the need for the Service to be involved in protecting Canada from foreign clandestine activities was merely a secondary role (or even a tertiary one, according to the Special Committee on the Security Intelligence Service, Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service. *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society* (Ottawa: Supply and Services Canada), at paragraph 49). See also *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, at paragraph 28; *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*Associated Data*), at paragraph 165.

[13] Nevertheless, section 16 provides broad powers. Arguably, the terms “capabilities, intentions or activities” could refer to virtually anything a foreign country [***or foreign person***] might wish to learn, achieve, obtain, accomplish, or carry out. Further, in pursuit of its section 16 mandate, the Service can request the Court to grant it a range of intrusive powers, including search, seizure, and electronic surveillance, to collect intelligence relating to any of those objects in order to assist one or both of the named ministers.

[14] The range of matters on which a minister might seek assistance is also broad. The mandate of the Minister of Foreign Affairs, for example, includes conducting the external affairs of Canada, as well as international trade, commerce, and development. Global Affairs Canada identifies current priorities as including a comprehensive engagement with countries in the Asia-Pacific Region, as well as diversified international trade and foreign investment. Other notable priorities include combatting drug trafficking, maintaining constructive relations with the United States, and expanding Canadian leadership on the global scene in areas such as human rights, climate change, and peacekeeping. The Minister

aucune des catégories suivantes : les citoyens canadiens, les résidents permanents ou les personnes morales, aux termes des alinéas 16(1)a) et b). Dans la présente décision, il sera question, eu égard à ce rôle du Service, de « collecte de renseignements étrangers ».

[12] Cependant, il était aussi manifeste que la participation du Service à la protection du Canada contre les activités clandestines d’origine étrangère n’était qu’un rôle secondaire (voire tertiaire, selon le Rapport du comité sénatorial spécial sur le Service canadien du renseignement de sécurité. *Équilibre délicat : Un service du renseignement de sécurité dans une société démocratique* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada), au paragraphe 49). Voir aussi *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 R.C.F. 567, au paragraphe 28, et *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*Données connexes*), au paragraphe 165.

[13] Néanmoins, l’article 16 accorde des pouvoirs étendus. Il est possible de soutenir que le segment « les moyens, les intentions ou les activités » renvoie à virtuellement quoi que ce soit qu’un pays [***ou une personne étrangère***] pourrait chercher à apprendre, à atteindre, à obtenir, à accomplir ou à mettre en œuvre. En outre, pour assumer le rôle que lui confère l’article 16, le Service peut demander à la Cour de lui octroyer divers pouvoirs envahissants, par exemple procéder à des fouilles et à des saisies, effectuer de la surveillance électronique et recueillir des renseignements relatifs à n’importe quel de ces objectifs en vue de prêter assistance à l’un ou l’autre des ministres mentionnés.

[14] Les ministres en question peuvent demander de l’assistance sur une vaste gamme de sujets. À titre d’exemple, le ministre des Affaires étrangères est notamment chargé de la conduite des affaires extérieures du Canada, en plus de commerce international et de développement international. Pour l’heure, Affaires mondiales Canada se consacre en priorité à l’établissement d’une collaboration étroite avec des pays de la région de l’Asie-Pacifique et à la diversification du commerce international et des investissements à l’étranger. Le ministère a d’autres priorités dignes de mention : lutter contre le trafic de stupéfiants, entretenir une relation constructive avec les États-Unis et accroître le leadership

also has responsibility for Canada's diplomatic relations, which includes ensuring that foreign diplomats and consular agents in Canada abide by their obligations not to violate Canadian laws or interfere in Canada's internal affairs.

[15] It is perhaps not surprising that the Service scoops up vast quantities of foreign intelligence when it exercises the broad mandate and authority given to it by Parliament under section 16.

[16] At the same time, it is important to recognize that the Service's section 16 mandate contains limits. Its authority to collect foreign intelligence has always been strictly confined to foreign entities, and has precluded the targeting of Canadians. Section 16 allows the Service, within Canada, to gather information or intelligence about a foreign state or group of foreign states, or of a person who is not a Canadian citizen, permanent resident of Canada, or a Canadian corporation. It specifically provides that the Service's assistance cannot be directed at Canadians, whether citizens, permanent residents, or companies (see *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2012 FC 1437, [2014] 2 F.C.R. 514 (*Re CSIS*), at paragraph 98, *per* Justice Anne Mactavish, now a justice of the Federal Court of Appeal). This means that the Service can intercept communications of Canadians under section 16 only incidentally. These incidental interceptions are an inevitable by-product of the collection of foreign intelligence, especially when powers of electronic surveillance are employed.

[17] The Service has an overarching duty to minimize intrusions on the privacy of Canadians who are innocent third parties to a section 16 investigation. Accordingly, the Court requires the Service to provide in advance the names of persons whose communications may be incidentally intercepted (pursuant to *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148, (1988), 90 A.R. 347). Where appropriate, the

du Canada sur la scène internationale dans des domaines comme les droits de la personne, les changements climatiques et le maintien de la paix. Le ministre est aussi chargé des relations diplomatiques du Canada. À ce titre, il doit veiller à ce que les diplomates et agents consulaires étrangers au Canada respectent leurs obligations, c'est-à-dire éviter d'enfreindre les lois canadiennes et de s'ingérer dans les affaires internes du pays.

[15] Il n'est donc pas surprenant que le Service recueille de grandes quantités de renseignements étrangers lorsqu'il assume le rôle et exerce les pouvoirs étendus que lui a accordés le législateur au moyen de l'article 16.

[16] Par contre, il est important de reconnaître que le rôle que confère l'article 16 au Service est limité. Son pouvoir de recueillir des renseignements étrangers a toujours été strictement circonscrit aux entités étrangères; il ne peut pas viser des Canadiens. L'article 16 autorise le Service, dans les limites du Canada, à recueillir des informations ou des renseignements sur un État étranger ou un groupe d'États étrangers, ou sur une personne qui n'appartient à aucune des catégories suivantes : citoyens canadiens, résidents permanents du Canada ou personne morale constituée au Canada. Il prévoit précisément que l'assistance prêtée par le Service ne peut pas viser d'entités canadiennes, qu'il s'agisse de citoyens, de résidents permanents ou de sociétés (*Renvoi relatif à la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, 2012 CF 1437, [2014] 2 R.C.F. 514 (*SCRS (Re)*), au paragraphe 98, sous la plume de la juge Anne Mactavish, maintenant à la Cour d'appel fédérale). Partant, le Service ne peut intercepter les communications de Canadiens au titre de l'article 16 que de manière incidente. De telles interceptions sont inévitables dans le cadre de la collecte de renseignements étrangers, surtout lorsqu'il y a exercice de pouvoirs de surveillance électronique.

[17] Le Service est tenu de minimiser le degré d'empiètement sur la vie privée de Canadiens qui sont des tiers innocents dans le cadre d'une enquête menée au titre de l'article 16. Ainsi, la Cour demande au Service de lui fournir à l'avance les noms des personnes dont il pourrait intercepter les communications de manière incidente (conformément à l'arrêt *R. c. Chesson*, [1988]

Court can impose terms or conditions on the execution of a section 16 warrant to curtail excessive intrusions on privacy. However, intrusions on the privacy of targets are significantly greater than intrusions on the privacy of third parties because, unlike targets, their communications cannot be intercepted intentionally (*Re CSIS*, at paragraphs 33–34).

B. Incidental Collection of Information About Canadians

(1) Introduction

[18] The fact that incidental collection of communications by, and information about, Canadians is an inevitable by-product of the collection of foreign intelligence under section 16 has been recognized since the creation of the Service. A proposal that would have required the Service to terminate an interception if a Canadian was a party to the communication was rejected as impractical by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs in 1984 (Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 38 [32nd Parl., 2nd Sess.] (June 7, 1984), at pages 65–68).

[19] At the same time, the collection, retention, and use of incidentally intercepted information raises concerns about Canadians' privacy.

[20] I received a significant amount of evidence about how the Service treats information about Canadians collected incidentally pursuant to section 16. Most of this evidence came in the form of affidavits and testimony from a senior Service employee, the Director General of the Secretariat of Deputy Director Operations (DDO), [***] The following description is taken largely from that person's evidence.

(2) Background

[21] In 2017, my colleague Justice Simon Noël, issued a Direction requesting the Service to provide

2 R.C.S. 148). S'il y a lieu, la Cour peut imposer des conditions à l'exécution d'un mandat relatif à l'article 16 afin de limiter l'empiètement excessif sur la vie privée. Toutefois, le degré d'atteinte à la vie privée est nettement supérieur lorsqu'il s'agit de cibles, car les communications de tiers ne peuvent pas, elles, être interceptées intentionnellement (*SCRS (Re)*, aux paragraphes 33 et 34).

B. Collecte, de manière incidente, d'informations sur des Canadiens

1) Introduction

[18] Le caractère inévitable de l'interception de communications de Canadiens et de l'obtention d'informations sur des Canadiens de manière incidente dans le cadre de la collecte de renseignements étrangers au titre de l'article 16 est un état de fait reconnu depuis la création du Service. Il a été proposé que le Service soit tenu de mettre fin à une interception si un Canadien était impliqué dans la communication visée. Difficilement applicable, cette proposition a été rejetée en 1984 par le Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 38 [32^e lég., 2^e sess.] (7 juin 1984), aux pages 65 à 68).

[19] Parallèlement, la collecte, la conservation et l'utilisation des informations recueillies de manière incidente soulèvent des préoccupations quant à la vie privée des Canadiens.

[20] J'ai pris connaissance d'une preuve abondante sur la manière dont le Service traite les informations sur des Canadiens recueillies de manière incidente au titre de l'article 16, essentiellement sous forme d'affidavits et de témoignages déposés et livrés par [***] employé haut placé du Service, directeur général du Secrétariat du sous-directeur des Opérations (SDO). Ce qui suit s'inspire en grande partie des éléments de preuve communiqués par cette personne.

2) Contexte

[21] En 2017, mon collègue, le juge Simon Noël, par voie d'une directive, a demandé au Service de fournir

an explanation “as to the CSIS retention practices of Canadians’ communications with [***foreign persons***] and Condition 1 of the General Intercept and Search Warrant.” The Service responded to Justice Noël’s request by way of letter in which it pointed out that section 16 contemplates the incidental collection of information about Canadians as was specifically recognized by Justice Mactavish in her 2011 decision (*Re CSIS*, above). Justice Mactavish found that “properly interpreted, subsection 16(2) prohibits the interception of the communications of [Canadian citizens] ... except insofar as those communications may be incidentally intercepted through the exercise of warrant powers in relation to the communications of [non-Canadians]” (at paragraph 106). Accordingly, said the Service in its reply to Justice Noël, “warrants provide authority to the Service to intercept incidentally the communications and the oral communications of any person solely in the course of exercising the interception powers authorized in the warrants.”

[22] The Service also explained to Justice Noël that the processing of incidentally collected information was conducted promptly and that information that did not fall within the exceptions contained in Condition 1 of the warrants was destroyed [***] Condition 1 states that information about Canadians shall be destroyed unless it (a) relates to activities constituting a threat to national security; (b) could be used to prevent, investigate, or prosecute a crime; or (c) relates to the capabilities, intentions or activities of any foreign state, person, or corporation for which Ministerial assistance has been requested.

[23] According to the Service, information that falls within one of the exceptions in Condition 1 would be retained in accordance with the CSIS Retention Schedule for [***] (although this has since been reduced in practical terms to [***]) The information could be used in a report, however, and reports can be retained for 20 to 50 years.

[24] On receiving the Service’s response, Justice Noël issued a further Direction in which he noted that the

des explications sur ses [TRADUCTION] « pratiques de conservation de communications de Canadiens avec [***des personnes étrangères***] ainsi que sur la condition 1 du mandat sur les interceptions générales et les fouilles ». Dans une lettre au juge Noël, le Service a répondu que l’article 16 prévoit la collecte, de manière incidente, d’informations sur des Canadiens, comme l’a reconnu précisément la juge Mactavish en 2011 (*SCRS (Re)*, précitée). Elle a conclu qu’« interprété correctement, le paragraphe 16(2) interdit l’interception des communications [de citoyens canadiens] [...], sauf dans la mesure où ces communications pourraient être interceptées accidentellement dans l’exercice des pouvoirs conférés par mandat à l’égard des communications » de non-Canadiens (*SCRS (Re)*, au paragraphe 106). Partant, selon le Service dans sa réponse au juge Noël, [TRADUCTION] « les mandats confèrent au Service des pouvoirs d’interception; seulement en exerçant ceux-ci, il peut intercepter, de manière incidente, les communications et les communications orales de toute personne ».

[22] Le Service a aussi expliqué au juge Noël qu’il traitait rapidement les informations recueillies de manière incidente et détruisait, [***] toute information échappant aux exceptions prévues à la condition 1 des mandats. En vertu de la condition 1, les informations sur des Canadiens sont détruites à moins qu’elles, selon le cas, a) aient trait à des activités qui constituent une menace pour la sécurité nationale; b) puissent permettre la prévention d’un acte criminel ou servir dans le cadre d’une enquête ou de poursuites relatives à un acte criminel; c) aient trait aux moyens, aux intentions ou aux activités des personnes, personnes morales ou États étrangers au sujet desquels un ministre a demandé l’assistance du Service.

[23] Le Service affirme conserver [***] les informations qui sont des cas d’exception prévus à la condition 1, conformément à son calendrier de conservation (bien que depuis, ce délai ait été réduit en pratique à [***]) Toutefois, les informations peuvent faire l’objet de rapports qui, eux, peuvent être conservés de 20 à 50 ans.

[24] Par suite de la réponse du Service, le juge Noël a formulé une autre directive dans laquelle il a souligné

letter “raises questions as to the legitimacy of collection and retention when related to information on Canadians and even more so when such Canadians are democratically elected representatives.” He directed that “this legal issue should be raised as part of a new section 16 warrant application so that the Court can have all the necessary factual and legal information to make a proper determination if required.”

[25] In due course, the Service complied with Justice Noël’s Direction in the application before me. As explained above, the Service also took the opportunity to raise a number of other legal issues arising under section 16.

(3) The Service’s practices relating to information about Canadians

[26] The Service emphasized the scope of the current safeguards in respect of the collection of foreign intelligence pursuant to section 16.

[27] The powers available under section 16 can be invoked only if the Minister of Foreign Affairs or the Minister of National Defence personally requests, in a written Letter of Request, the assistance of the Service. Assistance will be provided only if the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness personally responds with a written Letter of Consent.

[28] Attached to the Minister’s Letter of Request is an Annex called “Rationale” setting out the specific intelligence requirements being sought. The Rationale includes “Clear Requirements/Tasking” providing particulars about the matters of greatest interest to the requesting Minister.

[29] Receipt of a Letter of Request does not automatically lead to a Service application for a warrant. Rather, the Service may begin to deploy minimally intrusive measures to gather intelligence—physical surveillance, human source contacts, and so on. If more intrusive tools are needed, the Service may then seek a warrant.

que la lettre [TRADUCTION] « sou[levait] des questions sur la légitimité de la collecte et de la conservation d’informations sur des Canadiens, surtout lorsqu’il s’agit de représentants élus démocratiquement ». Il a demandé que [TRADUCTION] « cette question juridique soit soulevée dans une nouvelle demande de mandats relatifs à l’article 16 afin que la Cour puisse avoir à sa disposition tous les faits et toutes les informations juridiques nécessaires pour se prononcer adéquatement, s’il y a lieu ».

[25] Le Service a fini par se conformer à la directive du juge Noël dans la demande en l’espèce. Comme il en est question plus haut, le Service a profité de l’occasion pour soulever d’autres questions juridiques ayant trait à l’article 16.

3) Pratiques du Service quant aux informations sur des Canadiens

[26] Le Service a mis en relief la portée des mesures de protection en vigueur quant à la collecte de renseignements étrangers au titre de l’article 16.

[27] Le Service ne peut agir au titre de l’article 16 que si la ministre des Affaires étrangères ou le ministre de la Défense nationale lui demande personnellement, par écrit, de lui prêter assistance. L’assistance est subordonnée à une lettre de consentement du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

[28] Un document appelé « Justificatif » (« *Rationale* ») est annexé à la lettre de demande. Il établit les exigences spécifiques en matière de renseignement et comporte une rubrique, « Demandes et instructions précises » (« *Clear Requirements/Tasking* »), qui expose en détail les questions qui intéressent particulièrement le ministre demandeur.

[29] Une lettre de demande ne mène pas automatiquement à une demande de mandats par le Service. Celui-ci pourra d’abord utiliser des méthodes de collecte de renseignements minimalement envahissantes, par exemple la filature et le recours à des sources humaines. Il pourra faire une demande de mandats s’il a besoin de recourir à des techniques plus envahissantes.

[30] According to the DDO Directive on Section 16 of the CSIS Act (2014), when the Service receives a request for assistance, it initially examines the request to ensure that it falls within the ambit of section 16, that it does not target Canadians, and that it does not seek information that would normally be obtained under the Service's section 12 mandate (i.e. relating to threats to the security of Canada).

[31] Any information collected pursuant to section 16 is reviewed by a Communications Analyst (CA) who determines whether it has value. If not, the information is destroyed. If so, the CA will draft an internal report which is then reviewed by the CA's supervisor who verifies the relevance of the information, and ensures compliance with the Service's policies. If the report is approved, it is added to the Service's section 16 database.

[32] Internal reports prepared by a CA may form the basis of an external report drafted by a Requirements Officer (RO) whose task is to respond to the Minister's requirements as set out in the Rationale accompanying the Letter of Request. External reports have limited distribution on a need-to-know basis. Recipients must obtain permission from the Service to make further use of them. The level at which approval must be obtained varies according to the sensitivity of the contents of the report.

[33] Information that is collected incidentally about Canadians is protected in a number of ways. To begin with, access to the section 16 database is limited; it is granted only on a file-by-file basis, meaning that persons involved in analyzing foreign intelligence about one country will not have access to information about another. Access is controlled by a senior Service employee, [***]

[34] The Service has also adopted a policy on the minimization of information about Canadians. The DDO Directive on Section 16 of the CSIS Act, cited above, defines minimization as the measures taken to reduce the extent of electronic surveillance while allowing legitimate investigations to be carried out. However, a better

[30] Conformément à la Directive du SDO [sous-directeur des Opérations] par rapport à l'article 16 de la Loi sur le SCRS, datant de 2014, le Service commence par s'assurer que l'aide demandée est visée à l'article 16, ne vise aucun Canadien et ne concerne aucune information dont la collecte relèverait normalement du rôle qui lui est confié par l'article 12 (c'est-à-dire celles qui ont trait aux menaces pour la sécurité du Canada).

[31] Un analyste des communications (AC) examine les informations recueillies au titre de l'article 16. Il détermine si elles sont utiles, sans quoi elles sont détruites. Dans l'affirmative, l'AC rédige un rapport interne qu'il soumet à son superviseur, qui vérifie la pertinence des informations et veille au respect des politiques du Service. Le rapport approuvé est ensuite versé dans la base de données du Service consacrée à l'article 16.

[32] Les rapports internes de l'AC peuvent servir de bases à un rapport externe rédigé par un agent des exigences (AE) chargé de répondre aux besoins exprimés par le ministre dans le Justificatif annexé à la lettre de demande. Les rapports externes ne sont diffusés qu'en fonction du principe du besoin de savoir. Leurs destinataires doivent demander l'autorisation du Service pour en faire un usage quelconque. Le niveau hiérarchique de la personne chargée de donner cette approbation varie en fonction de la sensibilité du contenu.

[33] Les informations sur des Canadiens recueillies de manière incidente bénéficient de diverses mesures de protection. D'abord, l'accès à la base de données consacrée à l'article 16 est limité; il n'est accordé qu'en fonction d'un dossier précis. Autrement dit, quiconque est chargé d'analyser les renseignements étrangers ayant trait à un pays ne pourra pas consulter les informations qui en concernent un autre. [***] qui est un employé haut placé du Service, contrôle l'accès.

[34] Le Service s'est aussi donné une politique sur la divulgation minimale d'informations sur des Canadiens. Selon la Directive du SDO par rapport à l'article 16 de la Loi sur le SCRS, précitée, s'entend par « divulgation minimale » l'adoption de mesures afin de réduire au strict minimum la portée de la surveillance électronique tout

definition of minimization for present purposes is contained in OPS-221, section 1.19:

A term used to identify the practise whereby, unless subject to a specific exemption, any recognizable reference to a Canadian citizen, a permanent resident within the meaning of the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)* or a corporation incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province or territory, is replaced by a generic term.

[35] In other words, minimization serves to limit disclosure of the identities of Canadians (citizens, permanent residents, and companies) in all section 16 related intelligence by deleting them or replacing them with non-specific labels, such as “a Canadian company” or “a named Canadian person.”

[36] There are four exemptions in OPS-221. Minimization will not occur if the reference to a Canadian:

- i. Is necessary to the understanding or exploitation of the foreign intelligence;
- ii. Concerns activities that could constitute a “[threat] to the security of Canada” as defined in section 2 of the CSIS Act;
- iii. Concerns the prevention, investigation, or prosecution of an alleged indictable offence; or
- iv. Is already in the public domain.

[37] In practice, there is more minimization in external reports than in internal reports. Generally speaking, recipients of external reports do not need to know Canadians’ identities in order to understand or use the intelligence the Service provides in response to a Ministerial request. The main purpose of an external report is to respond to the Rationale contained in the Minister’s Letter of Request; personal information is less likely to be relevant to that purpose. On the other hand, the raw information contained in internal reports will be difficult to understand if the identities of the persons

en assurant l’atteinte des objectifs légitimes d’une enquête. Cependant, le point 1.19 de la politique OPS-221 en donne une définition plus utile en l’espèce :

Expression désignant le principe selon lequel, à moins d’une exemption particulière, toute mention qui permet de reconnaître un citoyen canadien, un résident permanent au sens de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR)* ou une personne morale constituée en vertu d’une loi fédérale, provinciale ou territoriale est remplacée par un terme général.

[35] Autrement dit, ce principe sert à limiter la divulgation de l’identité de Canadiens (citoyens, résidents permanents et personnes morales) dans tout renseignement lié à l’article 16, soit par suppression ou par remplacement par un terme général, par exemple « une entreprise canadienne » ou « un Canadien connu ».

[36] La politique OPS-221 prévoit quatre exceptions à la divulgation minimale. Une information n’y est pas assujettie si elle :

- i. permet de comprendre ou d’exploiter les renseignements étrangers;
- ii. concerne des activités qui pourraient constituer une « [menace] envers la sécurité du Canada », au sens de l’article 2 de la Loi sur le SCRS;
- iii. peut prévenir un acte criminel présumé ou servir dans le cadre d’une enquête ou de poursuites relatives à un acte criminel présumé;
- iv. peut être obtenue de sources ouvertes.

[37] En pratique, la divulgation minimale s’applique davantage dans les rapports externes que dans les rapports internes. En général, les destinataires de rapports externes n’ont pas besoin de connaître l’identité des Canadiens en cause pour comprendre ou utiliser les renseignements que fournit le Service en réponse à une demande d’un ministre. Un rapport externe vise principalement à répondre aux besoins exprimés par le ministre dans le Justificatif annexé à sa lettre de demande. En cela, les renseignements personnels n’auront vraisemblablement pas une grande utilité. En revanche, les

involved are not disclosed. The Service witness provided examples of internal reports in which the identity of a Canadian was integral to the intelligence that had been gathered; without it, the information would have been virtually useless.

[38] When deciding whether to provide a Canadian's identity in an external report on the grounds that it is necessary to an understanding of the foreign intelligence, ROs do not apply any formal criteria, although the Intelligence Assessment Branch of the Service is developing guidelines. However, ROs do consider the client department receiving the report and the use to which the report will likely be put, and will sometimes limit the distribution of reports containing identifying information, or include a special caveat within the report. The RO's decision not to minimize an identity is reviewed by his or her supervisor.

[39] OPS-221 contains special guidance in respect of Canadian "public officials" and "senior public officials." The former category includes provincial and territorial legislators, mayors, deputy mayors, and municipal council members. The latter consists of a broad range of officials:

Prime Minister, Governor General, Lieutenant Governors, Clerk of the Privy Council, Order-in-Council appointments, Provincial/Territorial Premiers, Provincial/Territorial leaders of opposition parties, Members of Parliament, Senators, Parliamentary/Legislative Secretaries, Deputy Ministers, Associate Deputy Ministers, Assistant Deputy Ministers, heads of public agencies or corporations, members of the Judiciary, and Chiefs of Staff for senior public officials.

[40] The policy requires the approval of the Director of the Service or a designate before any external reports can include information or intelligence relating to public officials or senior public officials (OPS-221, section 3.1).

[41] Where information about a Canadian has been minimized in an external report, the recipient of the

informations brutes que contiennent les rapports internes seront difficiles à comprendre si l'identité des personnes en cause n'est pas révélée. Le témoin du Service a fourni des exemples de rapports internes dans lesquels les informations auraient été pratiquement inutiles si l'identité d'un Canadien n'avait pas été connue.

[38] La décision de l'AE de révéler l'identité d'un Canadien dans un rapport externe parce qu'elle est nécessaire à la compréhension des renseignements étrangers n'obéit à aucun critère officiel. La Direction de l'évaluation du renseignement du Service élabore des lignes directrices à ce sujet. Toutefois, l'AE tient compte du ministère client qui en sera le destinataire ainsi que de l'usage probable qu'il en fera. Partant, il limitera parfois la diffusion d'un rapport contenant des informations qui pourraient permettre de découvrir l'identité d'une personne, ou il y ajoutera une mise en garde spéciale. La décision de l'AE de ne pas appliquer la divulgation minimale est assujettie à l'examen de son superviseur.

[39] La politique OPS-221 donne des directives spéciales ayant trait aux « représentants officiels » et aux « hauts fonctionnaires » canadiens. La première catégorie englobe les membres des corps législatifs provinciaux et territoriaux, les maires, les maires suppléants et les conseillers municipaux. L'autre est assez générale :

Premier ministre, gouverneur général, lieutenant-gouverneur, greffier du Conseil privé, personne nommée par décret, premier ministre provincial et territorial, chef d'un parti d'opposition d'une province et d'un territoire, député fédéral, sénateur, secrétaire parlementaire et d'une assemblée législative, sous-ministre, sous-ministre délégué, sous-ministre adjoint, dirigeant d'un organisme ou d'une société d'État, membre de la magistrature et chef de cabinet d'un haut fonctionnaire.

[40] Conformément à la politique, tout rapport externe devant faire état d'informations ou de renseignements liés à des représentants officiels ou à de hauts fonctionnaires requiert l'approbation préalable du directeur du Service ou d'une personne désignée (point 3.1 de la politique OPS-221).

[41] Le destinataire d'un rapport externe dans lequel les informations sur un Canadien ont fait l'objet d'une

report can request the Service to reveal the identity of the person or company referred to; that is, it can request un-minimization. If the Service agrees to provide that information, it will be contained in a separate report so that the original report containing minimization is not altered; in other words, other recipients of the report will not receive the Canadian's identity.

[42] No particular rationale needs to be given for the un-minimization of information in an external report, and the Service does not apply any specific criteria for granting such a request. However, the standard practice is that the requester must give some reason why a person's identity should be disclosed and provide information about the extent to which that identity will be distributed further. The request is then forwarded to the relevant operational branch for consideration. The branch considers the rationale and the source of the request. It may ask for further information before responding. The branch will also consider whether the minimized identity relates to a source, or could otherwise lead to the identification of a source; if so, the request will be denied. Similarly, if the disclosure would jeopardize an ongoing Service operation, the request will be denied.

[43] The Service's operations relating to section 16 intelligence gathering has been reviewed by the Security Intelligence Review Committee [SIRC] and discussed in various Annual Reports. In the early 1990s, SIRC began examining foreign intelligence retained by the Service (little use had been made of section 16 up to then). It found that the Service was not targeting Canadians or retaining excessive or unnecessary information from section 16 operations ([*Annual Report*] 1993–1994, at page 36).

[44] By the mid-1990s, SIRC was satisfied that the Service was dealing appropriately with information about Canadians, including Canadian political figures, and was reviewing the Service's warrant applications at least annually. The number of section 16 applications was, however, growing.

divulgarion minimale peut demander au Service de révéler l'identité de la personne ou de l'entreprise en cause, c'est-à-dire de renverser la divulgation minimale. Si le Service accède à la demande, les informations seront consignées dans un rapport distinct afin d'éviter que le rapport original soit modifié; autrement dit, les autres destinataires ne seront pas mis au courant de l'identité du Canadien en cause.

[42] Le renversement de la divulgation minimale dans un rapport externe ne nécessite pas de justification particulière, et le Service n'applique aucun critère précis pour accéder à une telle demande. Toutefois, selon la pratique courante, le demandeur doit donner une raison quelconque pour laquelle l'identité devrait être divulguée et préciser jusqu'à quel point cette information sera diffusée par la suite. La demande est ensuite acheminée à la direction opérationnelle compétente pour être étudiée. Celle-ci prend en considération la justification et la source de la demande et peut demander des précisions. Elle tient compte de la possibilité que l'identité visée ait trait à une source ou permette de découvrir l'identité d'une source, ce qui est un motif de rejet de la demande. Le demandeur essuiera également un refus si la divulgation est susceptible de nuire à une opération du Service en cours.

[43] Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) a examiné les opérations du Service liées à la collecte de renseignements au titre de l'article 16 et en a traité dans certains rapports annuels. Au début des années 90, le CSARS a commencé à examiner les renseignements étrangers conservés par le Service (jusqu'alors, l'article n'avait été invoqué que rarement). Il a conclu que le Service ne conservait aucune information excédentaire ou inutile découlant des opérations liées à l'article 16 ou de rapports du Centre de la sécurité des télécommunications ([*Rapport annuel*] 1993–1994, à la page 37).

[44] Au milieu des années 90, le CSARS était convaincu que le Service traitait adéquatement les informations sur des Canadiens, y compris des personnalités politiques, et qu'il examinait les demandes de mandats au moins une fois l'an. Cependant, le nombre de demandes faites au titre de l'article 16 croissait.

[45] In the late 1990s, however, SIRC found that there were a number of instances in which the Minister's section 16 requests did not comply with the prohibition on targeting Canadians (1997–1998, at page 53).

[46] In 1999, noting that some section 16 warrants did not contain caveats about the incidental interception of communications by Canadians, SIRC recommended that ministers seeking the Service's assistance should indicate when there is a real likelihood of those interceptions occurring, and that section 16 warrants should explicitly prohibit targeting Canadians (1999–2000, at page 30). SIRC also expressed concern about the duration of the Service's retention of information about Canadians, and suggested that reports to requesting agencies should contain only the information that was absolutely essential for the exploitation of the foreign intelligence.

[47] In the within warrant application, the Service proposes to reinforce its recognition of the limited scope of section 16 in respect of Canadians by adding the following recital indicating that the authorizing judge is satisfied that the section 16 warrant requested is not directed at any Canadians:

I am satisfied that the warrants do not contravene the limitation stipulated at paragraph 16(2) of the *Act*. In particular, I am satisfied that the warrant powers set out herein will not be directed at any person who is a Canadian citizen, a permanent resident within the meaning of the *Immigration and Refugee Protection Act*, or a corporation incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province.

[48] This recital has been included in section 16 warrants over the past year. It is an important addition to these warrants and, in my view, should continue to be employed. This is particularly so given the concerns expressed by SIRC over the years.

(4) Communications and privileges of elected officials

[49] A particular concern relates to the incidental interception of communications between members of

[45] Par contre, à la fin des années 90, le CSARS a constaté des cas où de telles demandes du ministre ne respectaient pas l'interdiction de viser des Canadiens (1997–1998, à la page 53).

[46] En 1999, ayant remarqué que certains mandats relatifs à l'article 16 ne contenaient pas de mise en garde relative à l'interception, de manière incidente, de communications de Canadiens, le CSARS a recommandé que les ministres qui demandent l'assistance du Service précisent, s'il y a lieu, l'existence d'une probabilité réelle que ces interceptions se produisent, et que les mandats interdisent explicitement de prendre des Canadiens pour cible (1999–2000, à la page 30). Le CSARS a aussi soulevé des préoccupations quant à la durée de la période de conservation d'informations sur des Canadiens par le Service et a suggéré que les rapports destinés aux organismes demandeurs contiennent uniquement les informations absolument essentielles à l'exploitation des renseignements étrangers.

[47] Dans la demande de mandats en l'espèce, le Service propose de souligner qu'il reconnaît la portée limitée de l'article 16 en ce qui a trait aux Canadiens par l'ajout, à l'énoncé, d'un paragraphe précisant que le juge saisi de la demande est convaincu que les mandats demandés au titre de l'article 16 ne visent aucun Canadien :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que les mandats visés par la présente demande respectent la condition imposée par le paragraphe 16(2) de la Loi *[sur le SCRS]*, plus précisément que les pouvoirs demandés ne seront pas exercés contre des citoyens canadiens, des résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou des personnes morales constituées sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale.

[48] Cet élément d'énoncé figure dans les mandats décernés au titre de l'article 16 au cours de la dernière année. Il s'agit d'un ajout important qui, à mon avis, devrait demeurer, compte tenu, surtout, des préoccupations soulevées par le CSARS au fil des ans.

4) Communications et privilèges des élus

[49] L'interception, de manière incidente, de communications entre des députés fédéraux ou provinciaux

federal or provincial legislatures and foreign persons or entities. Again, this is an inevitable consequence of foreign intelligence gathering. For example, a [***foreign person***], whose communications are intercepted pursuant to a warrant issued by the Court to the Service, may telephone a member of Parliament to discuss a matter of mutual interest or concern. The member's comments will be intercepted incidentally as a result of the warrant.

[50] The *amici* suggest that these kinds of interceptions do not impinge directly on Parliamentary privilege; however, they maintain that the values that underscore and permeate the concept of Parliamentary privilege are put in play. This requires, they say, special care and treatment of the incidentally intercepted communications.

[51] In my view, parliamentary privilege does not justify the creation of special rules or guidelines to address situations where the communications of elected officials are intercepted pursuant to section 16 warrants. First, properly understood, parliamentary privilege is not engaged by these kinds of interceptions. Second, the Service's current procedures relating to the treatment of incidentally intercepted communications of all Canadians, described above, including public officials and senior public officials, under section 16 warrants are generally adequate and consonant with the Service's section 16 mandate. However, as discussed below, I agree with the *amici* that the Service should develop criteria and guidelines on the unminimization of identifying information about Canadians.

[52] According to the *House of Commons Procedure and Practice*, 2nd ed. [Ottawa: House of Commons], 2009, Parliamentary privilege refers to those rights possessed by members of a legislature that are essential to their role:

Parliamentary privilege is the sum of the peculiar rights enjoyed by each House collectively.... and by Members of each House individually, without which they could not

et des étrangers ou des organisations étrangères souève une préoccupation particulière. Je réitère qu'il s'agit d'une conséquence inévitable de la collecte de renseignements étrangers. À titre d'exemple, il se peut qu'[***une personne étrangère***] dont le Service intercepte les communications en vertu d'un mandat décerné par la Cour, téléphone à un député pour discuter d'une question ou d'une préoccupation d'intérêt mutuel. Le Service interceptera ainsi les propos du député ou du ministre de manière incidente dans l'exécution du mandat.

[50] Selon les *amici*, les interceptions de ce type n'empêchent pas directement sur le privilège parlementaire. Ils soutiennent toutefois qu'elles mettent en cause les valeurs qui sous-tendent et dans lesquelles baigne ce privilège et que, partant, les communications interceptées de manière incidente doivent être traitées avec un soin particulier.

[51] À mon avis, le privilège parlementaire ne justifie pas la création de règles ou de directives spéciales pour le traitement des cas d'interception de communications d'élus au titre de l'article 16. Premièrement, le privilège parlementaire, bien compris, n'est pas mis en cause par ce genre d'interceptions. Deuxièmement, le Service a adopté, pour ce qui est du traitement des communications de Canadiens interceptées de manière incidente au titre de l'article 16, y compris celles de représentants officiels et de hauts fonctionnaires, des procédures (voir plus haut) généralement adéquates qui concordent avec son mandat. Toutefois, comme il en est question plus loin, je conviens avec les *amici* que le Service devrait se donner des critères et des lignes directrices quant au renversement de la divulgation minimale d'informations permettant de reconnaître des Canadiens.

[52] Selon *La procédure et les usages de la Chambre des communes*, 2^e éd., [Ottawa : Chambre des communes], 2009, le « privilège parlementaire » s'entend des droits que détiennent les députés qui sont essentiels à leur rôle :

Le privilège parlementaire est la somme des droits particuliers à chaque chambre, collectivement, [...] et aux membres de chaque chambre, individuellement, faute

discharge their functions, and which exceed those possessed by other bodies or individuals. Thus privilege, though part of the law of the land, is to a certain extent an exemption from the general law.

[53] As an example, to enhance their freedom to debate issues of public policy, legislators are immune from liability for defamation in respect of comments made within the Parliamentary precinct on subjects relating to Parliamentary business. That privilege is limited, and does not extend even to communications between legislators and constituents (*Pankiw v. Canada (Human Rights Commission)*, 2006 FC 1544, [2007] 4 F.C.R. 578).

[54] The question whether the electronic interception of legislators' communications intrudes on Parliamentary privilege has been considered by legislative bodies, but not definitively answered, over the years.

[55] In the late 1970s, the then Speaker of the House of Commons, Mr. James Jerome, ruled that the interception of communications of a Member of Parliament raised a *prima facie* question of privilege, even when it took place outside the Parliamentary precinct, if it amounted to harassment, obstruction, molestation, or intimidation. However, a motion to refer the question to the Standing Committee on Privileges and Elections was defeated in the House, so no formal ruling on the matter was made. (See Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service, *Proceedings of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service on the subject matter of Bill C-157* [32nd Parl., 1st Sess., 1983]; *House of Commons Procedure and Practice*, 2nd ed., 2009, page 9.)

[56] In 1980, a Special Committee of the British Columbia legislature concluded that the interception of a member's communications by the RCMP amounted to a breach of privilege and contempt of the legislature. Fear of intercepts, the Committee found, interfered with members' ability to perform their legislative duties, including in their homes. It stated [at page 2850 of

desquels il leur serait impossible de s'acquitter de leurs fonctions. Ces droits dépassent ceux dont sont investis d'autres organismes ou particuliers. On est donc fondé à affirmer que, bien qu'il s'insère dans l'ensemble des lois, le privilège n'en constitue pas moins, en quelque sorte, une dérogation au droit commun.

[53] À titre d'exemple, pour qu'ils puissent discuter des questions liées aux politiques publiques avec une liberté accrue, les membres des corps législatifs bénéficient d'une immunité contre la diffamation pour les propos qu'ils tiennent dans l'enceinte parlementaire sur des sujets liés aux affaires parlementaires. Il s'agit d'un privilège limité qui ne s'étend même pas aux communications entre ces personnes et leurs électeurs (*Pankiw c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2006 CF 1544, [2007] 4 R.C.F. 578).

[54] Au fil des ans, des corps législatifs ont étudié la possibilité que l'interception électronique des communications de leurs membres empiète sur le privilège parlementaire, mais sans trancher de manière définitive.

[55] À la fin des années 70, le président de la Chambre des communes, M. James Jerome, a statué que l'interception des communications d'un député, même à l'extérieur de l'enceinte parlementaire, soulève une question *prima facie* de privilège et pourrait être considérée comme une forme de harcèlement, d'obstruction de nuisance ou d'intimidation. Toutefois, une motion visant à renvoyer la question au Comité permanent des privilèges et élections a été battue en Chambre. Partant, aucune décision officielle n'a été rendue à ce sujet (Comité sénatorial spécial sur le Service canadien du renseignement de sécurité, *Délibérations du comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité sur la teneur du projet de loi C-157* [32^e lég., 1^{re} sess., 1983]; *La procédure et les usages de la Chambre des communes*, 2^e éd., 2009, page 9).

[56] En 1980, un comité spécial du Parlement de la Colombie-Britannique a conclu que l'interception des communications d'un député par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) constituait une violation du privilège parlementaire et un outrage au Parlement. Selon le Comité, la crainte de voir leurs communications interceptées empêchait les députés de s'acquitter adéquatement

Legislative Assembly, *Hansard*, 32nd Parl., 2nd Sess., (June 6, 1980):

... parliamentary democracies flourish only when member and constituent can communicate freely, openly and candidly without having the spectre of interception ... interfering with such communications.

[57] Also in 1980, a Special Committee of the Yukon Assembly considered whether the wiretapping of the Minister of Justice's telephone interfered with Parliamentary privilege. Like the B.C. Committee, the Yukon Special Committee concluded that the actions of the RCMP amounted to a breach of privilege and contempt of the House (see Donald E Taylor, "Electronic Surveillance and Members' Privileges" (1989), 12 *Can. Parl. Rev.* 12; David Cheifetz, "Protection of Confidential Communications of Members of Parliament" (1981), 4 *Can. Parl. Rev.* 17).

[58] These events in B.C. and Yukon led the Solicitor General of Canada in 1983 to issue a *Ministerial Directive on Legislators' Privileges and Immunities in relation to Part IV.1 of the Criminal Code within the Precincts of Parliament, Provincial and Territorial Assemblies*. The Directive required the RCMP to seek advance legal advice from the federal or provincial Department of Justice and to inform the agent designated to apply for the warrant that a privilege may be in play. In turn, the agent would have to inform the judge hearing the warrant application of the particular circumstances. Further, the responsible cabinet member—the Solicitor General at the federal level and the Attorney General in the province—was to be informed before the warrant was executed. In addition, if execution of the warrant was to take place within the precincts of Parliament or a legislature, consent of the Speaker would be required.

[59] These examples show special concern about the interception of legislators' communications. None of them, however, involved rulings by the courts on the

de leurs fonctions législatives, y compris à domicile [à la page 2850, Colombie-Britannique, Legislative Assembly, *Hansard*, 32^e lég., 2^e sess., (6 juin 1980)] :

[TRADUCTION] [...] une démocratie parlementaire ne peut s'épanouir que si les députés et leurs électeurs peuvent communiquer librement, ouvertement et franchement sans que la crainte d'une interception [...] ne nuise à leurs communications.

[57] En 1980 également, un comité spécial de l'Assemblée du Yukon s'est penché sur la possibilité que la mise sous écoute de la ligne téléphonique du ministre de la Justice constitue une violation du privilège parlementaire. À l'instar du comité britanno-colombien, le comité spécial du Yukon a conclu que les actions de la GRC constituaient une violation du privilège parlementaire et un outrage à la Chambre (voir Donald E. Taylor, « La surveillance électronique et l'immunité parlementaire » (1989), 12 *Rev. parl. can.* 12; David Cheifetz, « La protection accordée aux communications des députés » (1981), 4 *Rev. parl. can.* 16).

[58] En 1983, ces démarches en Colombie-Britannique et au Yukon ont mené à l'émission, par le Solliciteur général du Canada, de la directive ministérielle sur le privilège et les immunités des membres de corps législatifs, relativement à la partie IV.1 du *Code criminel*, au parlement et dans les enceintes des Assemblées provinciales et territoriales (*Ministerial Directive on Legislators' Privileges and Immunities in relation to Part IV.1 of the Criminal Code within the Precincts of Parliament, Provincial and Territorial Assemblies*). Selon la directive, la GRC devait demander au préalable un avis juridique au ministère de la Justice provincial ou fédéral et informer l'agent chargé de faire la demande de mandats qu'un privilège pouvait être mis en cause. L'agent devait ensuite aviser le juge saisi de la demande des circonstances particulières. En outre, le ministre responsable — le Solliciteur général au fédéral et le procureur général en province — devait être informé au préalable de l'exécution du mandat, et le président de la Chambre devait donner son consentement si le mandat devait être exécuté au parlement ou dans l'enceinte d'une Assemblée.

[59] Ces exemples montrent que l'interception des communications de membres de corps législatifs soulève des préoccupations particulières. Toutefois, aucun d'entre

scope of parliamentary privilege in general, or the impact that intercepting legislators' communications would have on any privilege.

[60] In the United Kingdom, the Investigatory Powers Tribunal considered the issue in 2015: *Caroline Lucas MP and Ors v. Security Service and Ors*, [2015] UKIPTrib 14_79-CH. The Tribunal noted that the general policy, referred to as the “Wilson doctrine”, prohibits interception of parliamentarians' communications. However, according to the Official Guidance given to security services, the Wilson doctrine applies only where the communications of members of parliament are deliberately, not incidentally, targeted. Even so, if special measures are followed, the communications of a Member of Parliament can be targeted and intercepted under warrant. Those measures include special authorization by designated officials, and the involvement of the Secretary of State, the Cabinet Secretary, the Prime Minister, and a special legal advisor charged with retaining and handling the intercepted communications.

[61] Accordingly, notwithstanding the Wilson doctrine, there is no absolute prohibition against the targeted interception of parliamentarians' communications in the United Kingdom, but great care is taken to ensure that interceptions are justified and that their fruits are carefully handled. Note, however, that these U.K. warrants are not subject to judicial authorization.

[62] The Supreme Court of Canada has pronounced on the scope of Parliamentary privilege generally but not on the question of intercepting parliamentarians' communications (*Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667 [*Vaid*]). At issue in *Vaid* was Parliament's jurisdiction to deal with rights owed to employees of the House of Commons as compared to the jurisdiction of other bodies, such as the Canadian Human Rights Tribunal, with responsibilities for federal public servants generally.

[63] *Vaid* makes clear that defining the scope of Parliamentary privilege falls to the courts, not to the legislatures. The first step is to determine whether “the

eux ne traite des décisions judiciaires ayant trait à la portée du privilège parlementaire en général ni des répercussions qu'aurait l'interception de telles communications sur un quelconque privilège.

[60] Au Royaume-Uni en 2015, l'Investigatory Powers Tribunal (tribunal sur les pouvoirs d'enquête) s'est penché sur la question dans l'affaire *Caroline Lucas MP and Ors v. Security Service and Ors*, [2015] UKIPTrib 14_79-CH. Le Tribunal a souligné que l'approche générale, la « doctrine Wilson », interdisait l'interception des communications de parlementaires. Toutefois, selon la directive officielle donnée aux services de sécurité, la doctrine Wilson s'applique lorsque les communications elles-mêmes sont visées, mais pas lorsqu'elles sont interceptées de manière incidente. Néanmoins, moyennant la prise de mesures spéciales, il est possible de viser et d'intercepter les communications d'un député en vertu d'un mandat. Ces mesures comprennent l'obtention d'une autorisation spéciale par les autorités compétentes, l'implication du secrétaire d'État, du secrétaire du Cabinet, du premier ministre et d'un avocat spécial chargé de conserver et de traiter les communications interceptées.

[61] Partant, au Royaume-Uni, malgré la doctrine Wilson, l'interception ciblée de communications de parlementaires n'est pas frappée d'un interdit absolu, mais un grand soin est apporté à ce que de telles interceptions soient justifiées et que leur produit soit traité avec précaution. Soulignons toutefois que ces mandats britanniques ne sont pas assujettis à une autorisation judiciaire.

[62] Dans l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 (*Vaid*), la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la portée du privilège parlementaire en général, mais pas sur la question de l'interception des communications de parlementaires. En cause dans l'arrêt *Vaid* se trouvait la compétence du Parlement quant aux droits reconnus aux employés de la Chambre des communes, par comparaison avec la compétence d'autres instances comme le Tribunal canadien des droits de la personne eu égard aux fonctionnaires fédéraux en général.

[63] Dans l'arrêt *Vaid*, la Cour suprême précise bien qu'il revient aux tribunaux, pas aux corps législatifs, de définir la portée du privilège parlementaire. En premier

existence and scope of the claimed privilege have been authoritatively established” in respect of the Canadian Parliament or the U.K. House of Commons (at paragraph 39). Where there has been no authoritative ruling on the question, the court must “test the claim against the doctrine of necessity, which is the foundation of all parliamentary privilege” (at paragraph 40). While not bound by them, courts will give “considerable deference” to the views of legislators on the scope of autonomy they consider necessary to their function (at paragraph 40).

[64] It is the courts, then, that define the scope of a privilege, while legislators determine the merits or the appropriateness of its exercise.

[65] To determine what is “necessary”, one must consider what is needed “to protect legislators in the discharge of their legislative and deliberative functions, and the legislative assembly’s work in holding the government to account for the conduct of the country’s business” (at paragraph 41). The requirement of necessity imports “important limits” on the scope of the privilege (at paragraph 43). For example, there may be words or actions that are unrelated to parliamentary business and would, therefore, fall outside the parameters of the privilege. Courts will recognize as privileged only those activities that are “so closely and directly connected” with parliamentary functions that “outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency” (at paragraph 46).

[66] In *Vaid*, the Court found that parliamentary privilege did not oust the jurisdiction of the Tribunal, and laid out a number of general principles, the most pertinent of which for present purposes are:

- Parliamentary privilege includes the immunity necessary for members to do their legislative work.

lieu, il faut déterminer « si l’existence et l’étendue du privilège revendiqué ont été établies péremptoirement » en ce qui concerne le Parlement du Canada ou la Chambre des communes britannique (*Vaid*, au paragraphe 39). En l’absence de décision péremptoire, le tribunal doit « déterminer [...] si la revendication satisfait au critère de nécessité qui sert d’assise à tout privilège parlementaire » (*Vaid*, au paragraphe 40). Le tribunal accordera un « grand respect » aux opinions des membres des corps législatifs sur le degré d’autonomie dont ils estiment devoir bénéficier pour s’acquitter de leurs fonctions, bien qu’il ne soit pas lié par ces opinions (*Vaid*, au paragraphe 40).

[64] Partant, la définition de la portée d’un privilège est du ressort des tribunaux, tandis que les membres des corps législatifs en déterminent le bien fondé et l’opportunité de son exercice.

[65] Pour déterminer ce qui est « nécessaire », il est impératif de définir ce qu’il faut pour « protéger les législateurs dans l’exécution de leurs fonctions législatives et délibératives et de la tâche de l’Assemblée législative de demander des comptes au gouvernement relativement à la conduite des affaires du pays » (*Vaid*, au paragraphe 41). L’exigence de nécessité impose « d’importantes limites » à la portée du privilège (*Vaid*, au paragraphe 43). À titre d’exemple, certains mots ou actes peuvent n’avoir aucun trait aux travaux parlementaires et, donc, ne pas être visés par le privilège. Les tribunaux ne considéreront comme visées par le privilège que les activités « si étroitement et directement liées » aux fonctions parlementaires « qu’une intervention externe saperait l’autonomie dont l’assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement » (*Vaid*, au paragraphe 46).

[66] Dans l’arrêt *Vaid*, la Cour suprême a conclu que le privilège parlementaire n’écarte pas la compétence du tribunal et a établi des principes généraux, dont voici les plus pertinents en l’espèce :

- Le privilège parlementaire comprend l’immunité dont les députés ont absolument besoin pour effectuer leur travail législatif.

- The test for necessity is what the dignity and efficiency of the House require. The concept of dignity and efficiency is linked to the autonomy that is necessary to enable Parliament and its members to do their jobs.
- The party seeking to rely on the immunity provided by parliamentary privilege has the onus of establishing it.
- Once a category or sphere of activity has been established, it is for Parliament to decide whether the exercise of the privilege is necessary or appropriate.
- Existing categories include: freedom of speech, control by the House over debates and proceedings in Parliament, the power to exclude strangers from proceedings, disciplinary authority over members and non-members who interfere with the discharge of Parliamentary duty, and immunity of members from subpoenas during a parliamentary session.
- The mere affirmation by a legislative body that a certain act is a breach of its privileges will not oust the courts from enquiring and deciding whether the privilege claimed really exists.
- The courts will look more closely at cases in which the privilege claimed will have an impact on persons outside the legislative assembly, than those in which the matters are entirely internal to the legislature.
- Le critère de nécessité consiste à déterminer ce que requièrent la dignité et l'efficacité de la Chambre. Ces deux concepts se rapportent à l'autonomie nécessaire pour que le Parlement et les parlementaires fassent leur travail.
- La partie qui invoque l'immunité que confère le privilège parlementaire a le fardeau d'en établir l'existence.
- Une fois la catégorie ou sphère d'activité établie, c'est au Parlement qu'il revient de décider si l'exercice du privilège est nécessaire ou approprié.
- Les catégories sont notamment la liberté d'expression, le contrôle qu'exercent les Chambres sur les débats ou travaux du Parlement, le pouvoir d'exclure les étrangers des débats, le pouvoir disciplinaire du Parlement à l'endroit des députés et des non-députés qui s'ingèrent dans l'exercice des fonctions du Parlement, y compris l'immunité contre l'arrestation dont jouissent les députés pendant une session parlementaire.
- Le simple fait qu'un corps législatif affirme qu'un acte enfreint ses privilèges n'empêchera pas les tribunaux de se pencher sur la question et de décider si le privilège revendiqué existe réellement.
- Les tribunaux examineront des plus près les affaires dans lesquelles la revendication d'un privilège a des répercussions sur des personnes qui ne sont pas membres de l'Assemblée législative en cause, que celles qui portent sur des questions purement internes.

[67] The Court did not refer to the kind of the privilege discussed above that was recognized in respect of the B.C. and Yukon legislatures; nor did it address the issue of immunity from wiretapping within the categories of privilege currently recognized. But it is clear from its reasoning that it would fall to the courts, not the legislators, to determine whether any such privilege existed. Accordingly, while the views of the B.C. and Yukon

[67] La Cour n'a pas fait allusion au type de privilège susmentionné relativement aux assemblées britannico-colombienne et yukonaise et n'a pas fait figurer la protection contre l'écoute électronique dans les catégories de privilège actuellement reconnues. Cependant, il est clair que, selon son raisonnement, il incomberait aux tribunaux, et pas aux membres d'un corps législatif, de déterminer si un tel privilège existe vraiment. Partant,

legislators merit considerable deference, they are not determinative.

[68] In sum, there is no clear legal authority for the proposition that intercepting the communications of parliamentarians, in itself, violates Parliamentary privilege. Only if the interception interfered with a member's ability to conduct parliamentary business or otherwise constituted harassment or intimidation, would the question of privilege arise.

[69] For section 16 purposes, a parliamentarian, being Canadian, could not be directly targeted. However, as mentioned, his or her communications could be intercepted incidentally pursuant to a valid section 16 foreign intelligence warrant. Not being a target, it is difficult to see how an interception could amount to an attempt to interfere with the member's ability to conduct parliamentary business. Similarly, if the member is not the target, it is unlikely that the execution of the warrant would take place within the Parliamentary precinct. There would be no need to obtain the permission of the Speaker of the House to conduct an interception.

[70] In any case, however, as explained above, the *amici* do not assert that parliamentarians enjoy actual immunity from incidental interceptions of their communications in the foreign intelligence gathering context. Therefore, I need not rule definitively on that question. I do, however, have to consider whether applications for, and the fruits of, those interceptions require special treatment.

[71] The *amici* suggest that the current policies that apply to the incidental interception of parliamentarians' communications provide inadequate protection of Canadians' privacy. They propose that the Court impose conditions on the Service relating to the retention, disclosure, and minimization of information about elected officials pursuant to the authority to include terms and conditions on the execution of warrants issued by the Court (CSIS Act, paragraph 21(4)(f)). They also suggest

bien qu'elles méritent un grand respect, les opinions des membres des corps législatifs de Colombie-Britannique et du Yukon ne sont pas déterminantes.

[68] En somme, il n'existe aucun fondement juridique clair à l'hypothèse selon laquelle l'interception des communications de parlementaires constitue en soi une violation du privilège parlementaire. La question du privilège ne serait soulevée que si l'interception nuisait au député dans l'exercice de ses fonctions parlementaires ou constituait autrement du harcèlement ou de l'intimidation.

[69] Un parlementaire canadien ne pourrait pas être directement visé par des activités menées au titre de l'article 16. Toutefois, comme il a été mentionné, ses communications pourraient être interceptées de manière incidente en vertu d'un mandat relatif à l'article 16 valide en matière de renseignement étranger. Il est difficile de concevoir comment une telle interception pourrait être assimilée à une tentative de nuire au député dans l'exercice de ses fonctions parlementaires, puisqu'il n'est pas une cible. En outre, cet état de fait rend peu probable l'exécution du mandat dans l'enceinte parlementaire. Il n'y aurait aucun besoin de demander l'autorisation du président de la Chambre pour effectuer une interception.

[70] De toute façon, comme il a été expliqué, les *amici* ne soutiennent pas que les parlementaires jouissent effectivement de l'immunité contre l'interception, de manière incidente, de leurs communications dans le contexte de la collecte de renseignements étrangers. Partant, je n'ai pas à me prononcer de façon définitive sur la question. Par contre, je dois déterminer si les demandes d'interception et le produit de ces interceptions doivent recevoir un traitement spécial.

[71] Les *amici* sont d'avis que les politiques en vigueur qui s'appliquent à l'interception, de manière incidente, des communications de parlementaires ne protègent pas bien la vie privée des Canadiens. Ils proposent que la Cour impose des conditions au Service en matière de conservation, de communication et de divulgation minimale d'informations concernant des élus, en vertu du pouvoir que lui confère l'alinéa 21(4)f) de la Loi sur le SCRS d'ajouter des conditions à l'exécution

that the Court play a supervisory role. In particular, they submit that the Service should be required to return to the Court for permission to retain incidentally collected communications of Canadians, to distribute information collected, or to unminimize the identities of Canadians. They note that, in the case of incidental collection of communications of elected officials, these requirements would permit the Court to rule on any issues of parliamentary privilege that might arise. While they do not see the need for special rules for parliamentarians, they note that clearer rules about Canadians generally would also foster communications between elected officials and their constituents.

[72] I largely agree with the *amici*. Greater protection should be granted to information about Canadians incidentally collected in the gathering of foreign intelligence. As mentioned, there are no formal criteria guiding Service employees or others on unminimizing identities of Canadians. Without guidelines, decisions about the retention, disclosure, and distribution of this information is left to individual discretion. More is required, especially since this is information that is acquired merely as a by-product of the Service's mandate to collect foreign intelligence. I would not go so far, however, as to impose a blanket obligation on the Service to return to the Court for permission to retain incidentally collected information about Canadians.

[73] The information about Canadians that the Service obtains in this fashion merits special care and respect. That is even more true for information about public officials and senior public officials, as the Service's policies already recognize. As explained, it is not parliamentary privilege itself that animates the need for extra care; indeed, few officials could mount any real claim to privilege. The concern about gathering information about public officials is that the Service may be intercepting highly sensitive communications emanating from persons charged with the governance of Canada. That

d'un mandat qu'elle décerne. Ils suggèrent également à la Cour de jouer un rôle de supervision. À leur avis, en particulier, le Service devrait être tenu de présenter une nouvelle demande à la Cour pour être autorisé à conserver les communications de Canadiens recueillies de manière incidente, pour diffuser les informations ainsi recueillies ou pour renverser la divulgation minimale d'informations permettant de reconnaître des Canadiens. Ils soulignent que, s'agissant de communications d'élus interceptées de manière incidente, ces exigences permettraient à la Cour de trancher toute question touchant le privilège parlementaire. Bien qu'ils ne voient pas la nécessité de règles spéciales eu égard aux parlementaires, ils soulignent que des règles plus précises au sujet des Canadiens en général favoriseraient aussi les communications entre les élus et leurs électeurs.

[72] Je souscris en grande partie à l'opinion des *amici*. Il y a lieu d'accroître la protection accordée aux informations sur des Canadiens recueillies de manière incidente dans le cadre de la collecte de renseignements étrangers. Comme je l'ai mentionné, aucun critère officiel ne guide les employés du Service — entre autres — en ce qui a trait au renversement de la divulgation minimale de l'identité de Canadiens. Sans lignes directrices, les décisions sur la conservation, la communication et la diffusion de ces informations relèvent de la discrétion de chacun. Ce n'est pas suffisant, surtout que ces informations ne sont que des sous-produits de la collecte de renseignements étrangers par le Service. Toutefois, je n'irais pas jusqu'à imposer au Service l'obligation générale de redemander à la Cour l'autorisation de conserver les informations sur des Canadiens recueillies de manière incidente.

[73] Les informations sur des Canadiens que le Service obtient ainsi méritent d'être traitées avec un soin particulier, à plus forte raison celles qui touchent des représentants officiels et de hauts fonctionnaires, comme le reconnaissent déjà les politiques du Service. Comme cela a été expliqué, la nécessité d'un soin accru n'est pas liée au privilège parlementaire en soi; en effet, peu de ces représentants pourraient réellement l'invoquer. La préoccupation relative à la collecte d'informations sur ces représentants tient à la possibilité que le Service intercepte des communications très sensibles de

information, particularly information about the identity of the Canadian persons involved, must be carefully handled.

[74] In my view, the Service must develop guidelines for distributing and unminimizing the identities of Canadians whose communications have been incidentally intercepted. It should advise the Court of the content of those guidelines and permit the Court an opportunity to comment on them. In individual warrant applications, the Service should continue to inform the Court when there may be incidental interceptions of Canadians' communications. It should also specifically disclose when there is a possibility that the communications of an elected official or other public servant may be intercepted. This disclosure requirement will permit the Court, where appropriate, to attach terms and conditions on the execution of the warrants it issues. Those terms and conditions could include imposing a requirement on the Service to return to the Court for directions on the handling of information collected, as proposed by the *amici*.

C. The Relationship Between section 16 and section 12

[75] An ongoing concern of members of the Court is the potential overlap between, or the blending of, the Service's mandates under section 16 and section 12. Accordingly, I asked the Service to address this issue based on the observation that some recent requests for warrants under section 16 for foreign intelligence purposes resemble applications under section 12 for warrants to investigate threats to national security. The resemblance arises from two features of these section 16 applications. First, they have related, in essence, to matters that could easily be described as threats to the security of Canada. Second, they sometimes involve targets who are already the subject of warrants under section 12.

[76] The concern that arises from this situation is that section 16 could come to be used as an alternative or a supplement to section 12, contrary to the intention of

personnes chargées de la gouvernance du Canada. Ces informations, surtout celles qui concernent l'identité des Canadiens qui ont pris part à la communication, doivent être traitées avec soin.

[74] J'estime que le Service doit se donner des lignes directrices sur la diffusion d'informations pouvant permettre de reconnaître des Canadiens dont les communications ont été interceptées de manière incidente et sur le renversement de la divulgation minimale les concernant. Il devrait informer la Cour de la teneur de ces lignes directrices et lui donner l'occasion de les commenter. Dans chaque demande de mandats, le Service devrait continuer d'informer la Cour des cas possibles d'interception, de manière incidente, de communications de Canadiens, particulièrement s'il peut s'agir d'élus ou de fonctionnaires. Au besoin, la Cour pourra ainsi fixer des conditions à l'exécution des mandats qu'elle décerne. À titre d'exemple, comme l'ont proposé les *amici*, elle pourrait imposer au Service de lui redemander des directives sur le traitement des informations recueillies.

C. Relation entre les articles 12 et 16

[75] Le possible chevauchement des rôles confiés au Service par les articles 12 et 16, voire la confusion entre les deux, constitue une préoccupation permanente des juges de la Cour. Partant, j'ai demandé au Service d'étudier la question, compte tenu du fait que certaines demandes de mandats récemment faites au titre de l'article 16 en matière de renseignement étranger ressemblaient à des demandes de mandats relatives à des enquêtes sur des menaces pour la sécurité nationale, qui relèvent de l'article 12. La ressemblance découle de deux caractéristiques de ces demandes de mandats faites au titre de l'article 16. D'abord, elles portaient essentiellement sur des questions qui passeraient facilement pour des menaces pour la sécurité du Canada. Ensuite, elles mentionnaient des cibles qui faisaient déjà l'objet de mandats décernés au titre de l'article 12.

[76] Cette situation est préoccupante en ce sens que l'article 16 pourrait finir par servir de solution de rechange ou de complément à l'article 12, contrairement

Parliament when enacting the CSIS Act. When requesting a warrant, the Service may sometimes perceive an advantage in proceeding under section 16 rather than section 12. Section 16 arguably has a broader scope relating as it does to the collection of information about “the capabilities, intentions or activities” of any foreign state or non-Canadian person. By contrast, section 12 applies only to the collection, analysis, and retention of information relating to “threats to the security of Canada”, a term that is statutorily defined.

[77] A potential scenario would be this: If the Service believed that a foreign person in Canada was involved in some activity that posed a danger that did not necessarily fall within the definition of a “[threat] to the security of Canada,” it could seek a warrant under section 16 to determine the person’s intentions, capabilities, or activities. Of course, there are constraints that apply to section 16. The Service could seek a foreign intelligence warrant only if its assistance was requested by the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, and with the consent of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness. Further, the Service could collect information only within Canada. The Service could not directly target a Canadian person. However, if a Canadian was known to be in contact with [***] or other foreign persons, the Service could target the latter and “incidentally” intercept the communications of the former. In effect, a Canadian could become the indirect target of a foreign intelligence warrant, even though section 16 specifically prohibits the targeting of Canadians.

[78] I hasten to point out that there is no suggestion that the Service has ever used section 16 in this manner. The concern arises from the potential to use section 16 in this way and, as mentioned, the facial similarity between some recent section 16 applications and section 12 requests.

à l’intention du législateur à l’adoption de la Loi sur le SCRS. Lorsqu’il demande un mandat, il peut arriver que le Service considère qu’invoquer l’article 16 plutôt que l’article 12 présente un avantage. On peut soutenir que l’article 16 offre à la collecte d’informations une portée plus étendue, car celles-ci concernent « les moyens, les intentions ou les activités » de tout État étranger ou de tout non-Canadien. En revanche, l’article 12 ne touche qu’à la collecte, à l’analyse et à la conservation d’informations sur des « menaces envers la sécurité du Canada », terme défini dans la Loi sur le SCRS.

[77] Voici un cas de figure possible, à titre d’exemple. Le Service pourrait faire une demande de mandats au titre de l’article 16 pour prendre connaissance des intentions, des moyens ou des activités d’un étranger qu’il estime être impliqué, au Canada, dans une activité qui constitue un danger, mais à laquelle la définition de « [menace] envers la sécurité du Canada » ne s’applique pas nécessairement. Bien sûr, l’article 16 ne vient pas sans contraintes. Le Service ne peut demander un mandat relatif au renseignement étranger que si le ministre de la Défense nationale ou des Affaires étrangères lui a demandé de lui prêter son assistance, et uniquement avec le consentement du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. En outre, le Service ne recueillerait des informations que dans les limites du Canada. Il ne pourrait pas viser directement un Canadien, mais s’il savait qu’un Canadien était en contact avec [***] ou d’autres étrangers, le Service pourrait viser cet État ou cet étranger et intercepter « de manière incidente » les communications du Canadien en question. Dans les faits, un Canadien pourrait devenir la cible indirecte d’un mandat relatif au renseignement étranger, même si celui-ci interdit expressément que des Canadiens soient pris pour cible.

[78] Je m’empresse de préciser que rien ne porte à croire que le Service a déjà fait un tel usage de l’article 16. La préoccupation émane de la possibilité que cela puisse être et, comme je l’ai mentionné, de la ressemblance apparente entre de récentes demandes de mandats relatives à l’article 16 et les demandes de mandats faites au titre de l’article 12.

[79] The Service addressed this issue by presenting the evidence of two senior and experienced Service members. This evidence satisfies me that the Service has taken steps to ensure that there is no operational interaction between the Service's foreign intelligence activities under section 16 and its section 12 mandate relating to security intelligence. The following is a summary of that evidence.

[80] The Service's operations, whether under section 12 or section 16, or otherwise, are subject to internal policy directions. For matters relating to national security, if the Service has grounds to suspect that a person or group poses a threat, it may request internal authority to begin an investigation. Those charged with reviewing these requests help ensure that the proposed investigation complies with the Service's policies and the governing law, and amounts to a proportional response to the perceived threat.

[81] Information collected under section 12 is reviewed by an analyst who determines its intelligence value. Information is retained only as permitted by the Service's retention schedule. Information with no intelligence value is destroyed after [***] Valuable information may be retained for 20 or 25 years after the last action on the file. Information that was collected pursuant to a warrant is subject to the conditions set out in it. For example, specific time periods for destruction of information are provided for solicitor-client communications and the communications of third parties.

[82] Policies also govern the preparation of operational reports. If the analyst concludes that the information collected is valuable, and that the applicable policies and conditions have been respected, he or she will prepare an operational report. These reports are reviewed by supervisors who verify the relevance of the information collected, ensure that the Service's policies have been respected and, if the information was gathered under a warrant, confirm compliance with the applicable terms and conditions. If the supervisor approves the report, it

[79] Le Service a abordé la question au moyen des témoignages de deux employés haut placés et expérimentés au Service, qui m'ont convaincu que le Service a pris des mesures pour qu'il n'y ait aucune interaction de nature opérationnelle entre les activités de renseignement étranger qu'il mène en lien avec l'article 16 et le mandat que lui donne l'article 12 en matière de renseignement de sécurité. Voici un résumé de ces témoignages.

[80] Les opérations du Service, qu'elles relèvent de l'article 12 ou de l'article 16 ou qu'elles soient d'une autre nature, sont assujetties à des politiques internes. S'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne ou un groupe représente une menace pour la sécurité nationale, une demande d'autorisation d'enquête peut être présentée aux autorités compétentes au sein du Service. Celles-ci veillent à ce que l'enquête soit conforme aux politiques du Service et aux lois applicables et constitue une réaction adaptée à la menace perçue.

[81] Un analyste examine les informations recueillies en vertu de l'article 12 pour en déterminer l'utilité sur le plan du renseignement. Le Service les conserve uniquement pendant la période prévue dans son calendrier de conservation. Celles qui n'ont pas d'utilité sur le plan du renseignement sont détruites [***] suivant la collecte. Les informations utiles peuvent être conservées pour 20 ou 25 ans après la date de la dernière intervention au dossier. Les informations recueillies en vertu d'un mandat sont assujetties aux conditions qui y figurent. À titre d'exemple, des délais précis s'appliquent à la destruction des communications entre un avocat et son client et des communications de tiers.

[82] Des politiques régissent également la production des rapports opérationnels. L'analyste prépare un tel rapport après avoir conclu que les informations recueillies sont utiles et que les conditions et politiques applicables ont été respectées. Le rapport passe ensuite entre les mains d'un superviseur, qui vérifie la pertinence des informations, s'assure du respect des politiques du Service et, si les informations ont été recueillies en vertu d'un mandat, confirme que les dispositions et les conditions en ont été respectées. Le

will be stored in the Service's section 12 database. These reports may then form the basis of other intelligence reports submitted to persons within the Government of Canada, with the caveat that they not be used or distributed further without the Service's permission.

[83] Information collected under section 16 is treated similarly, but separately. Again, an investigation must first be authorized. Here, though, that authority comes from the Minister of Public Safety's consent to a written request for assistance from the Minister of Foreign Affairs or the Minister of National Defence. Once the Service receives the request and the consent, it will begin gathering relevant information and, if there are reasonable grounds to believe that the powers available under warrant are necessary, it will seek the Court's authority under section 21 of the CSIS Act.

[84] The Service itself recognizes the possibility of a co-mingling of section 12 and section 16 mandates. The Service's operations policy acknowledges that parallel investigations may be necessary in some circumstances; however, it specifically provides that "operations conducted to support an investigation under one section of the CSIS Act will not be used as a pretext for conducting operations pursuant to another section of the *Act*" (emphasis in the original).

[85] Over the years, the Security Intelligence Review Committee has repeated similar concerns.

[86] In 2006–2007, SIRC reported that the Inspector General had noted considerable overlap between section 12 and section 16 operations. For example, agents tasked with obtaining information abroad under section 12 provided intelligence relevant to section 16. Indeed the Inspector General wondered whether the geographical constriction of section 16 ("within Canada") was a meaningful limitation on the Service's powers (page 37).

rapport approuvé est ensuite versé dans les bases de données du Service ayant trait à l'article 12 et peut servir de matière première à des rapports de renseignement destinés à des intervenants au gouvernement fédéral, qui se voient signifier de ne pas les utiliser ni les diffuser plus avant sans l'autorisation du Service.

[83] Les informations recueillies au titre de l'article 16 subissent, séparément, un traitement similaire. Encore une fois, l'enquête doit d'abord être autorisée. En l'occurrence, toutefois, l'autorisation découle du consentement que donne le ministre de la Sécurité publique à la demande d'assistance présentée par écrit par le ministre des Affaires étrangères ou de la Défense nationale. Une fois la demande et le consentement reçus, le Service commence la collecte d'informations pertinentes. S'il a des motifs raisonnables de croire qu'il a besoin des pouvoirs prévus dans des mandats, le Service en fait la demande à la Cour en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS.

[84] Le Service reconnaît la possibilité qu'il y ait confusion entre les rôles que lui confèrent les articles 12 et 16. Ses politiques opérationnelles prévoient que des enquêtes parallèles peuvent être nécessaires en certaines circonstances. Cependant, elles prévoient spécifiquement que [TRADUCTION] « les opérations menées à l'appui d'une enquête visée à un article de la Loi sur le SCRS ne doivent pas servir de prétexte à la conduite d'opérations en application d'un autre article de cette même *loi* » (souligné dans l'original).

[85] Au fil des ans, le CSARS a réitéré de semblables préoccupations.

[86] En 2006–2007, le CSARS a signalé que l'inspecteur général avait remarqué des chevauchements considérables entre des opérations menées au titre de l'article 12 et de l'article 16. À titre d'exemple, des agents chargés d'obtenir des informations à l'étranger en vertu de l'article 12 fournissaient des renseignements visés à l'article 16. L'inspecteur général s'est même questionné sur la portée de la restriction géographique prévue à l'article 16 (« dans les limites du Canada ») quant aux pouvoirs du Service (à la page 37).

[87] Further, in 2009–2010, SIRC noted that the Service had referred to simultaneous section 16 and section 12 investigations as “blended collections”, where the Service was engaged in section 12 and section 16 operations against the same targets. It observed that if this situation were to continue, the Service could become a body with equivalent foreign intelligence and security intelligence mandates, which was not the original intention of Parliament. It recommended that the Government of Canada provide direction or guidance to the Service on its expanded role in collecting foreign intelligence (2009–2010, at page 15).

[88] In 2013, SIRC again detected a potential tension between the Service’s two mandates under sections 12 and 16. The Service itself felt its section 16 non-threat-related mandate had the potential to distract it from its primary role of gathering threat-related intelligence under section 12 (2012–2013, at page 16).

[89] In 2015, SIRC commended the Service for adapting its section 16 procedures to coordinate and streamline its priorities and activities. The Service had also made changes to distinguish between its section 12 and section 16 operations (2014–2015, at page 22).

[90] The *amici* emphasize that the Service must not make any “colourable use” of a section 16 foreign intelligence warrant to collect section 12 security intelligence. This means that the Service should seek a separate section 12 warrant if its section 16 investigation discloses a threat to national security. In addition, where parallel investigations are ongoing, the Service must satisfy the discrete requirements for section 12 and section 16 warrants separately and independently, and inform the judge receiving each warrant application of the existence of the other.

[87] En outre, en 2009–2010, le CSARS a souligné que le Service avait qualifié de [TRADUCTION] « collectes mixtes » des enquêtes menées simultanément au titre des articles 12 et 16, lorsque des opérations effectuées au titre des deux articles avaient les mêmes cibles. Le CSARS a fait observer que, si la situation perdurait, le Service pourrait devenir un organisme ayant des rôles équivalents en matière de renseignement étranger et de renseignement de sécurité, ce qui n’était pas l’intention originale du législateur. Il a recommandé que le gouvernement du Canada offre une orientation ou des conseils au Service au sujet de son rôle accru dans la collecte de renseignements étrangers (2009–2010, à la page 15).

[88] En 2013, le CSARS a de nouveau détecté un conflit possible entre les rôles confiés au Service par les articles 12 et 16. Le Service lui-même estimait que ses fonctions visées à l’article 16, qui ne concernent pas la menace, étaient susceptibles de le détourner de son rôle premier, à savoir recueillir des informations liées à la menace en vertu de l’article 12 (2012–2013, à la page 16).

[89] En 2015, le CSARS a félicité le Service pour avoir adapté ses procédures relatives à l’article 16 afin de coordonner et de simplifier ses priorités et ses activités. Le Service avait aussi apporté des changements en vue d’établir une distinction entre les opérations qu’il menait au titre des articles 12 et 16 (2014–2015, à la page 22).

[90] Les *amici* insistent pour dire que le Service ne doit faire aucun [TRADUCTION] « usage valable en apparence » d’un mandat décerné au titre de l’article 16 pour recueillir des renseignements de sécurité en vertu de l’article 12. Cela signifie que le Service devrait demander un mandat distinct au titre de l’article 12 si son enquête liée à l’article 16 révélait une menace pour la sécurité nationale. En outre, en cas d’enquêtes parallèles, le Service doit satisfaire aux exigences propres aux mandats relatifs à l’un et à l’autre article de manière distincte et indépendante, et informer le juge saisi de chaque demande de l’existence de l’autre.

[91] The *amici* accept, based on the evidence filed on this application, that the Service is currently abiding by the procedures they propose. They note, however, that the heightened protection in respect of incidentally collected information about Canadians that they recommend (as discussed above) would help ensure that the Service does not use foreign intelligence warrants to collect security intelligence about Canadians.

[92] In my view, the Service is acutely aware of the Court's (and SIRC's) concerns in this area. It has addressed those concerns in a serious way in both its operations and policies. I see no need to propose any further action on the Service's part. I have no doubt, however, that members of the Court will continue to expect the Service to address any concerns the Court may have about future "blended collections." In addition, I agree with the *amici* that stronger protection in respect of incidentally collected information about Canadians would help dispel some of those concerns.

D. Proposed Changes to the section 16 Warrant Templates

[93] The AGC proposes a number of changes to the templates that provide a presumptive format and content for the various kinds of foreign intelligence warrants the Court issues pursuant to section 16. These changes fall within three categories:

- i. Incidental changes bringing the section 16 warrant templates into line with section 12 warrants.
- ii. Amendments clarifying the scope of particular powers.
- iii. New powers.

[94] In this section, I will deal only with proposed changes that do not amount to any significant expansion of the powers exercised under section 16 warrants. I will deal elsewhere with the comparatively substantial

[91] Compte tenu de la preuve en l'espèce, les *amici* admettent que le Service suit actuellement les procédures proposées. Toutefois, ils soulignent que les mesures de protection renforcées ayant trait aux informations sur des Canadiens recueillies de manière incidente qu'ils recommandent (voir plus haut) aideraient à assurer que le Service n'utilise pas de mandats sur le renseignement étranger pour recueillir des renseignements de sécurité sur des Canadiens.

[92] À mon avis, le Service est parfaitement au courant des préoccupations de la Cour (et du CSARS) à cet égard. Il en a tenu compte avec sérieux tant dans ses opérations que dans ses politiques. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de proposer l'adoption d'autres mesures par le Service. Par contre, je n'ai aucun doute que les juges de la Cour continueront de s'attendre à ce que le Service réponde à toute préoccupation qu'elle pourra avoir au sujet de toute « collecte mixte ». En outre, je conviens avec les *amici* que des mesures de protection rigoureuses quant aux informations sur des Canadiens recueillies de manière incidente aideraient à dissiper certaines de ces préoccupations.

D. Modifications proposées aux modèles de mandats relatifs à l'article 16

[93] Le procureur général propose une série de modifications aux modèles (format et contenu) des différents mandats sur le renseignement étranger que décerne la Cour au titre de l'article 16. Il y en a trois catégories :

- i. les modifications accessoires permettant d'aligner les modèles de mandats relatifs à l'article 16 sur ceux liés à l'article 12;
- ii. la précision de la portée de certains pouvoirs;
- iii. les nouveaux pouvoirs.

[94] Ci-dessous, je n'aborde que les modifications proposées qui n'élargissent pas de manière importante les pouvoirs exercés en vertu des mandats relatifs à l'article 16. Je traiterais plus loin des changements plus

changes the Service seeks, such as those relating to the use of CSS and [***] surveys.

(1) Incidental changes to warrant templates

[95] The Service proposes a number of amendments that would bring section 16 warrant templates in line with section 12 templates. These include:

- Inclusion of a new condition clarifying the meaning of the word “destroyed” when creating an obligation on the Service to destroy information. “Destroyed” would be defined as meaning that the information “shall not be retrieved by the Service or by any other agency or person on its behalf.”
- Amendment of the definition of “residence” to include any place in which a Regional Director General has reasonable grounds to believe a person resides.
- Inclusion of a definition of “test data” and a corresponding condition allowing the Service to retain intercepted communications solely for purposes of developing or maintaining its interception and collection capabilities.
- Replacing the definition of [***] with [***] to provide a more accurate description of the means used to locate a person or vehicle [***]
- Expanding the description of places where warrants can be executed to include [***]
- Adding a power to intercept [***]
- Adding a power to obtain images of persons named in the warrant or attending places specified in the warrant.
- Amending the retention condition of the warrants by including an assessment period of [***]

importants que souhaite apporter le Service, par exemple en ce qui a trait à l’utilisation d’ESB et au sondage [***]

1) Modifications accessoires aux modèles de mandats

[95] Le Service propose des modifications destinées à aligner les modèles de mandats liés à l’article 16 sur ceux liés à l’article 12 :

- Ajouter une condition précisant la définition du terme « détruire » lorsqu’il y a obligation, pour le Service, de détruire des informations. Ainsi, les informations détruites ne pourront être récupérées ni par le Service ni par un organisme ou une personne agissant en son nom.
- Modifier la définition de « domicile » pour qu’elle inclue tout lieu où un directeur général régional a des motifs raisonnables de croire qu’une personne réside.
- Ajouter une définition de « données d’essai » et une condition correspondante autorisant le Service à conserver les communications interceptées à la seule fin de perfectionner ou d’entretenir ses solutions d’interception et de collecte.
- Remplacer le terme [***] et sa définition par [***] qui décrit plus précisément les moyens utilisés pour localiser une personne ou un véhicule [***]
- Élargir la description des lieux où le mandat peut être exécuté pour qu’elle inclue [***]
- Ajouter le pouvoir d’intercepter [***]
- Ajouter le pouvoir d’obtenir des images de personnes qui sont mentionnées dans le mandat ou qui se trouvent à des endroits mentionnés dans le mandat.
- Ajouter, à la condition portant sur la conservation, une période d’évaluation de [***] après laquelle

after which the collected information (other than information from [***] must be destroyed unless the stipulated conditions have been met (i.e. the information relates to a threat, a crime, or the capabilities, intentions, or activities of the foreign state).

- Inclusion of a new condition allowing the Service to create backups of collected intercepted information.
- In the [***] Warrant, adding a power to obtain information about [***]

[96] The *amici* raised no significant concerns about these changes. I agree that the proposed modifications are routine and raise no legal issues.

(2) Clarifying the scope of some powers

[97] The Service wishes to clarify that it has the lawful authority to [***] This would enable the Service to intercept [***] without having to [***]

[98] Neither of these two activities would require any amendment to the warrants or involve the use of any new powers.

[99] The Service also seeks to clarify its power to search [***] This is not, strictly speaking, a new power but the Service proposes that the locations where searches can be carried out be expanded to include, [***]

[100] Again, the *amici* raised no concerns in this area, and I see no legal issues arising from the proposed amendments.

(3) New powers or locations

[101] The Service seeks two powers that it has not previously sought for purposes of section 16 investigations—search of [***] and the search of [***] In both cases, the searches would be confined to [***]locations used by foreign persons***]

les informations recueillies (hormis celles qui proviennent [***] devront être détruites, sauf si les conditions précisées ont été respectées (c'est-à-dire que les informations ont trait à une menace, à un crime ou aux moyens, intentions ou activités de l'État étranger).

- Ajouter une condition permettant au Service de créer des copies de sauvegarde des informations recueillies dans le cadre d'interceptions.
- Dans le mandat sur [***] ajouter le pouvoir d'obtenir des informations sur [***]

[96] Les *amici* n'ont exprimé aucune préoccupation importante à propos de ces modifications. Je conviens qu'il s'agit de modifications de routine qui ne soulèvent aucune question juridique.

2) Précision de la portée de certains pouvoirs

[97] Le Service souhaite préciser qu'il a le droit [***] Cela lui permettrait d'intercepter [***] sans avoir à [***]

[98] Ni l'une ni l'autre activité n'exigerait de modification aux mandats ni n'impliquerait l'exercice d'un nouveau pouvoir.

[99] Le Service cherche aussi à préciser le pouvoir de fouiller [***]. À proprement parler, il ne s'agit pas d'un nouveau pouvoir, mais le Service propose d'allonger la liste des lieux où les fouilles peuvent être effectuées pour qu'elle comprenne, [***]

[100] Encore une fois, les *amici* n'avaient aucun problème à cet égard, et je ne constate aucune question juridique que soulèveraient les modifications proposées.

3) Nouveaux pouvoirs ou lieux

[101] Le Service cherche à obtenir deux pouvoirs qu'il n'a jamais demandés aux fins des enquêtes menées au titre de l'article 16 : fouiller [***] ainsi que [***] Dans les deux cas, les fouilles seraient limitées aux [***emplacements utilisés par des personnes étrangères***]

[102] These kinds of powers are frequently used in the section 12 context, and there is no obvious reason not to permit them for section 16 investigations.

(4) Conclusion on warrant templates

[103] Many of the amendments described above have been the subject of submissions and discussions with the Court following the *en banc* hearing giving rise to Justice Simon Noël's decision in the *Associated Data* case (*X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 [cited above]). These discussions are ongoing. Any changes or improvements to the wording of the section 12 warrant templates should generally result in corresponding changes to the warrant templates applicable in the foreign intelligence context.

III. Issue Two—Does section 16 authorize use of CSS technology?

[104] The Service seeks to confirm that its authority pursuant to section 16 of the CSIS Act includes the ability to capture information through use of cellular site simulators (CSS). CSS can be used to obtain data emitted by mobile devices, namely IMSI (International Mobile Security Identity) and IMEI (International Mobile Equipment Identity). The former reveals the country where the user's cellular account is located, the network code for the service provider, and a subscriber identity number assigned by the service provider. The latter indicates the make, model, and serial number of the device. No other attributes of targeted devices are captured through use of CSS. Nor is any content of communications captured. The sole purpose of CSS is to obtain information that could later be used in an application to the Court for a warrant to intercept the user's communications.

[105] This Court, in a decision authored by Chief Justice Paul Crampton, has addressed the use of CSS in the context of section 12 of the Act, that is, for purposes

[102] Les pouvoirs de ce genre sont fréquemment exercés dans le contexte de l'article 12, et il n'existe pas de motifs évidents de ne pas les accorder pour ce qui est des enquêtes relatives à l'article 16.

4) Conclusion au sujet des modèles de mandats

[103] Nombre des modifications susmentionnées ont fait l'objet d'observations et de discussions avec la Cour, par suite de l'audience tenue en séance plénière ayant donné lieu à la décision *Données connexes* du juge Simon Noël (*X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 [précitée]). Ces discussions ne sont pas terminées. En règle générale, tout changement ou toute amélioration au libellé des modèles de mandats relatifs à l'article 12 devrait entraîner des modifications correspondantes dans les modèles de mandats applicables au renseignement étranger.

III. Deuxième question — L'article 16 autorise-t-il le recours aux ESB?

[104] Le Service cherche à confirmer que ses pouvoirs au titre de l'article 16 de la Loi sur le SCRS comprennent la capacité de capturer des informations au moyen d'émulateurs de station de base (ESB). Les ESB peuvent permettre d'obtenir des données émises par des appareils mobiles, à savoir l'identité internationale d'abonnement mobile (*International Mobile Subscriber Identity*) (IMSI), qui révèle le pays où est enregistré le compte d'utilisateur de l'appareil, le code de réseau du fournisseur de services et un numéro d'identification de l'abonné attribué par le fournisseur de service, ainsi que l'identité internationale d'équipement mobile (*International Mobile Equipment Identity*) (IMEI), qui précise la marque, le modèle et le numéro de série de l'appareil. Les ESB ne permettent d'obtenir aucune autre caractéristique des appareils visés, ni le contenu des communications. Les ESB ont une seule utilité : obtenir des informations susceptibles d'être utilisées dans une demande de mandats faite à la Cour en vue d'intercepter les communications de l'utilisateur.

[105] Sous la plume du juge en chef Paul Crampton, la Cour a traité du recours aux ESB dans le contexte de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, c'est-à-dire aux

of investigating threats to national security (*X (Re)*, 2017 FC 1047, [2018] 3 F.C.R. 111 [*X (Re) (CSS)*]). The Chief Justice concluded that the use of CSS amounted to a search because users of mobile devices had a reasonable expectation of privacy in respect of the information CSS technology could capture. However, he found that use of CSS without a warrant was lawful so long as the Service took measures to minimize the intrusion on privacy by refraining from intercepting communications or information stored on the device, destroying any information collected incidentally from third parties, and desisting from using the information for purposes of geo-location. While the information available through CSS could assist the Service to create a thin personal profile of the user, thereby engaging section 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*], the Chief Justice found that the warrantless searches were not unreasonable given that they were narrowly targeted, highly accurate, and minimally intrusive.

[106] The question before me is whether the analysis carried out by the Chief Justice in the national security context applies equally or, at least, comparably in the context of foreign intelligence gathering. At several points, the Chief Justice emphasized the special nature and purpose of section 12 of the Act, in particular, the state interest in obtaining information that would further its duty to protect national security. As discussed, the nature and purpose of section 16 differs from that of section 12. Does that difference affect the lawfulness of the Service's use of CSS technology without a warrant? To answer that question, I will review those parts of the Chief Justice's decision where the differences between the nature and purposes of section 16 and section 12 may influence the analysis. I will then consider other differences between the two provisions.

[107] The Chief Justice began by making clear that warrantless searches are presumptively unreasonable and contrary to the protection in section 8 of the Charter against unreasonable searches and seizures. Nevertheless, a search could be found to be reasonable if it was authorized by law, the law was reasonable, and the

fins d'enquêtes sur des menaces pour la sécurité nationale (*X (Re)*, 2017 CF 1047, [2018] 3 R.C.F. 111 [*X (Re) (ESB)*]). Le juge en chef a conclu que l'utilisation d'un ESB était assimilable à une fouille, parce que l'utilisateur d'un appareil mobile avait une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux informations qu'un ESB pourrait capturer. Toutefois, il a conclu à la légalité de l'utilisation d'un ESB sans mandat, tant que le Service prenait des mesures pour minimiser l'empiètement sur la vie privée, notamment éviter d'intercepter le contenu de communications et les informations stockés sur l'appareil, détruire toute information de tiers recueillie de manière incidente et ne pas utiliser les informations à des fins de géolocalisation. Bien que les informations que l'ESB permet d'obtenir puissent aider le Service à créer un mince profil personnel de l'utilisateur, ce qui met en cause l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), le juge en chef a conclu que les fouilles sans mandat n'étaient pas abusives, étant très ciblées, très précises et minimalement envahissantes.

[106] Je suis donc saisi de la question suivante : l'analyse effectuée par le juge en chef dans le contexte de la sécurité nationale tient-elle autant la route en matière de collecte de renseignements étrangers ou, du moins, y a-t-il des points de comparaison? Le juge en chef a insisté à plusieurs reprises sur la nature spéciale et sur l'objet de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, en particulier sur l'intérêt de l'État envers l'obtention d'informations qui l'aideraient à assurer la sécurité nationale. Comme il en a été question, la nature et l'objet de l'article 16 sont différents. Cette différence a-t-elle une incidence sur la légalité du recours aux ESB sans mandat par le Service? Pour répondre à cette question, je vais examiner les parties de la décision du juge en chef où son analyse pourrait être influencée par les différences entre la nature et l'objet des articles 12 et 16. Je me pencherai ensuite sur d'autres différences entre ces deux dispositions.

[107] D'entrée de jeu, le juge en chef a clairement souligné que les fouilles effectuées sans mandat sont présumées abusives et contreviennent donc à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garantie par l'article 8 de la Charte. Néanmoins, une telle fouille pourrait être jugée non abusive si elle

search was executed reasonably. He found that, under section 12, the Service had an obligation to collect, analyze, and retain information and intelligence about activities posing a threat to national security (paragraph 196). The Act also sets out the circumstances when the Service should obtain a warrant (section 21). However, the Act does not require the Service to obtain a warrant whenever it seeks to gather information relating to national security even when a person's reasonable expectation of privacy is at stake. He found that there is a range of minimally intrusive activities the Service can carry out within its national security mandate without having to obtain a warrant (paragraph 198), again, so long as the law authorizes those activities, the law is reasonable, and the means of carrying out the search are reasonable.

[108] By contrast, under section 16, the Service may (not shall) assist the respective ministers in collecting foreign intelligence; its mandate is neither as strong nor as direct as its national security role. As is the case with section 12, though, the Service can pursue its section 16 mandate by applying for a warrant under section 21. Still, while the differences between the two statutory mandates are clear, there is no basis for finding that the requirements for a warrant differ on that ground alone. Just as the Service can collect some forms of information relating to national security under section 12 without having to obtain a warrant, so, too, can it assist in gathering some forms of foreign intelligence without a warrant. The Act provides the Service the authority to collect both kinds of information and intelligence. The requirement for a warrant is not engaged for all intrusions into reasonable expectations of privacy, only in respect of searches that would otherwise be unreasonable, as the Chief Justice found in respect of section 12 (paragraph 199). I find that minimally intrusive searches are authorized by section 16 without the requirement of a warrant.

est autorisée par une loi, si la disposition législative l'autorisant est raisonnable et si elle n'a pas été effectuée de manière abusive. Il a conclu qu'en vertu de l'article 12, le Service est tenu de recueillir, d'analyser et de conserver des informations et des renseignements sur des activités qui constituent des menaces pour la sécurité nationale (au paragraphe 196). En outre, l'article 21 de Loi sur le SCRS établit les circonstances entourant l'obtention d'un mandat par le Service. Par contre, la Loi sur le SCRS n'exige pas que le Service obtienne un mandat chaque fois qu'il cherche à recueillir des informations ayant trait à la sécurité nationale, même quand la collecte met en cause l'attente raisonnable d'une personne eu égard à sa vie privée. Il a constaté l'existence d'une gamme d'activités minimalement envahissantes que peut mener le Service pour assumer son rôle en matière de sécurité nationale sans devoir obtenir de mandat (au paragraphe 198), encore une fois, tant qu'elles sont autorisées par une loi, que la disposition législative les autorisant est raisonnable et que les fouilles ainsi effectuées ne le sont pas de manière abusive.

[108] À l'inverse, en vertu de l'article 16, le Service a la possibilité — mais pas l'obligation — de prêter son assistance aux ministres mentionnés à la collecte de renseignements étrangers. Il ne s'agit pas d'un rôle aussi prépondérant ni aussi direct que son rôle en matière de sécurité nationale. Par contre, en l'occurrence tout comme pour ce qui a trait à l'article 12, le Service peut faire une demande de mandats en vertu de l'article 21 pour s'acquitter de ses fonctions. Néanmoins, bien que les différences entre les deux rôles confiés au Service par sa loi habilitante soient claires, rien ne permet de conclure pour ce seul motif que les exigences relatives aux mandats sont différentes. Tout comme il peut recueillir sans mandat certaines informations relatives à la sécurité nationale en vertu de l'article 12, il peut prêter son assistance à la collecte de certains renseignements étrangers sans devoir obtenir de mandat. La Loi sur le SCRS l'autorise à recueillir les deux types d'informations et de renseignements. Les cas d'empiètement sur l'attente raisonnable en matière de vie privée n'exigent pas tous l'obtention d'un mandat; ce n'est le cas que des fouilles qui, autrement, seraient abusives, comme le juge en chef l'a conclu eu égard à l'article 12 (au paragraphe 199). Je conclus que l'article 16 autorise

[109] The Chief Justice found that section 12 was a reasonable law, considering its nature and purpose, the degree of intrusiveness it authorizes, the mechanism of intrusion, the availability of judicial supervision, and other checks and balances. The first of these criteria, the nature and purpose of the applicable statutory provision, differs significantly as between sections 12 and 16, as discussed above.

[110] The Chief Justice considered the nature and purpose of section 12 to be the assignment of responsibility to the Service, where strictly necessary, to collect, analyze, and retain information and intelligence in respect of activities it reasonably suspects constitute a “[threat] to national security”, a statutorily defined term (section 2). He described [at paragraph 203] this role as “critical, central and arguably essential”. He rejected arguments of the amici before him that the reasonable suspicion standard was unconstitutionally low, noting that that standard had been approved by the Supreme Court of Canada in cases where privacy interests were limited, important public interests were at stake, or the search method involved was highly accurate (paragraphs 206–207). Each of those circumstances, he concluded, was present in respect of searches using CSS for section 12 purposes—minimal intrusion, pressing national security concerns, and high precision.

[111] There are at least three notable differences in the nature and purpose of section 16 as compared to section 12. First, the role given to the Service under section 16 is permissive, not mandatory; the Service “may” assist the named ministers in the collection of information and intelligence relating to foreign persons or states. Realistically, however, given that the provision requires a personal request in writing of the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, and the personal consent in writing of the Minister of Public Safety

la réalisation, sans mandat, de fouilles minimalement envahissantes.

[109] Le juge en chef a conclu au caractère raisonnable de l'article 12, compte tenu de sa nature et de son objet, de l'ampleur de l'intrusion qu'il autorise, du mécanisme d'intrusion qu'il permet d'utiliser, de la supervision judiciaire qu'il prévoit ainsi que d'autres mesures de contrôle. Comme il en est question plus haut, les premiers de ces éléments, c'est-à-dire la nature et l'objet de la disposition, diffèrent de façon importante entre les articles 12 et 16.

[110] Selon le juge en chef, la nature et l'objet de l'article 12 consistent en l'octroi, au Service, de la responsabilité de recueillir, d'analyser et de conserver, dans la mesure strictement nécessaire, des informations et des renseignements sur des activités pour lesquelles le Service a des motifs raisonnables de croire qu'elles constituent des « menaces envers la sécurité du Canada », au sens de l'article 2 de la Loi sur le SCRS. Il s'agit, selon le juge en chef, d'un rôle « central et, sans doute, essentiel » [au paragraphe 203]. Il a rejeté les arguments des *amici*, qui estimaient que le critère des motifs raisonnables de soupçonner était faible sur le plan constitutionnel, soulignant que ce critère avait été approuvé par la Cour suprême dans des affaires où le droit au respect de la vie privée était réduit, qui mettaient en cause des intérêts publics de premier plan ou qui traitaient de méthodes de fouilles très précises (aux paragraphes 206 et 207). Il a conclu que les fouilles réalisées au moyen d'ESB pour l'application de l'article 12 comportaient chacun de ces éléments : intrusion minimale, préoccupations urgente liées à la sécurité nationale et très grande précision.

[111] Il existe au moins trois grandes différences entre la nature et l'objet des articles 12 et 16. D'abord, l'article 16 donne au Service une autorisation; il ne lui impose pas une contrainte. En effet, le Service « peut » prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou des Affaires étrangères à la collecte d'informations et de renseignements sur des étrangers ou des États étrangers. Par contre, en pratique, il est difficile d'envisager une situation où le Service refuserait de prêter l'assistance demandée, dans la mesure où cette disposition

and Emergency Preparedness, it is difficult to conceive of a situation where the Service would decline to provide assistance on request.

[112] Second, the Service's section 16 mandate is not a direct responsibility to collect intelligence. The Service's role is to assist the named ministers; its role cannot be described as "critical, central and arguably essential". As Justice Noel has noted, section 16 has an "assistance or policy oriented goal, rather than a threat related one" (*X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 [cited above], at paragraph 54). However, it is, no doubt, an important mandate and one which the ministers likely consider to be highly valuable to the discharge of their functions. But it is not on the same scale as the Service's s 12 core mandate to investigate threats to national security. As discussed, the Service's foreign intelligence role has always been seen as, at most, secondary to its national security mandate.

[113] Third, section 16 does not require that the collection of the information or intelligence be "strictly necessary" or set out a standard comparable to the "reasonable suspicion" threshold. Nor is there any statutory definition of the "capabilities, intentions or activities" of foreign entities that would limit the scope of the Service's inquiries. The Service's section 16 role is inherently broader than its section 12 mandate.

[114] Again, while the mandate given to the Service under section 16 differs in important ways from its section 12 role, that is not the equivalent of stating that the nature and purpose of section 16 is somehow less important or less vital to Canada's interests than those animating section 12. In section 16, Parliament envisioned the Service playing a significant role, albeit secondary to its section 12 mandate, in furthering Canada's interests in national defence and international affairs. Canada's capacities to defend itself and to conduct productive relations with other states are arguably as essential to its sovereignty as its ability to combat threats to its security.

exige que le ministre présente une demande écrite et que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile donne son consentement personnel par écrit.

[112] Ensuite, l'article 16 ne charge pas directement le Service de recueillir des renseignements. Le rôle du Service, qui est de prêter son assistance aux ministres mentionnés, ne saurait être décrit comme « central et, sans doute, essentiel ». Comme l'a souligné le juge Noël, « l'article 16 comporte un objectif orienté vers l'assistance ou les politiques, plutôt que sur la menace » (*X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 R.C.F. 567 [précitée], au paragraphe 54). Par contre, il s'agit indubitablement d'une responsabilité importante que les ministres considèrent probablement comme très utile dans l'exercice de leurs fonctions, mais qui n'est pas de même calibre que le rôle fondamental confié au Service par l'article 12 : enquêter sur les menaces pour la sécurité nationale. Comme il en a été question, le rôle du Service en matière de renseignement étranger a toujours été secondaire, tout au plus, par rapport à son mandat eu égard à la sécurité nationale.

[113] Enfin, l'article 16 n'exige pas que la collecte d'informations ou de renseignement se fasse « dans la mesure strictement nécessaire » ni n'établit un critère comparable à celui des « motifs raisonnables de soupçonner ». En outre, aucune définition légale des termes « moyens, [...] intentions ou [...] activités » d'entités étrangères ne vient limiter la portée des enquêtes du Service. En soi, l'article 16 donne au Service un mandat plus large que l'article 12.

[114] Encore une fois, souligner les différences importantes entre les rôles que confèrent au Service les articles 12 et 16 ne revient pas à affirmer que la nature et l'objet de l'article 16 sont, en quelque sorte, moins importants ou cruciaux pour les intérêts du Canada que ceux de l'article 12. Au moyen de l'article 16, le législateur a prévu que le Service assume un rôle important, bien que secondaire, par rapport aux responsabilités prévues à l'article 12, en vue de faire progresser les intérêts du Canada en matière de défense nationale et d'affaires internationales. Il est possible de soutenir que la capacité du Canada de se défendre et d'entretenir des relations

[115] The amici argue that this last factor, particularly the absence of a reasonable suspicion standard, sets section 16 apart from section 12 in this context. In their view, to pass constitutional muster, a reasonable suspicion standard would have to be read into section 16; that is, the Service would be entitled to use CSS technology pursuant to section 16 only where it had reasonable grounds to suspect that a foreign person possessed information relating to the capabilities, intentions, or activities of a foreign state that would assist the Minister in the conduct of Canada's international affairs or national defence.

[116] I disagree. The absence of a reasonable suspicion threshold is not constitutionally fatal. Section 16 contains other requirements that, in this context, provide an adequate substitute for the reasonable suspicion standard. The Service can gather foreign intelligence only if the Minister of Foreign Affairs or the Minister of National Defence makes a personal written request for assistance and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness responds with a personal written consent. The Service acts only after two senior ministers of the Crown have concluded that the collection of foreign intelligence is required to protect Canada's interests in international affairs or defence. It falls to these ministers to determine the appropriateness of tasking the Service to execute its foreign intelligence mandate. I have no basis for questioning the *bona fides* of the ministers or doubting their capacity to determine what is in the best interests of Canada. In addition, of course, if the Service later seeks to employ more intrusive powers, the Court retains a discretion in respect of the issuance of warrants under section 21.

[117] Further, in practical terms, it is unlikely that the Service, acting pursuant to its foreign intelligence mandate, would expend scarce resources in trying to collect information from persons who are unlikely to

productives avec d'autres pays est aussi essentielle à sa souveraineté que sa capacité de lutter contre les menaces pour sa sécurité.

[115] Les *amici* soutiennent que ce dernier facteur, en particulier l'absence de critère relatif aux « motifs raisonnables de soupçonner », distingue l'article 16 de l'article 12 dans ce contexte. À leur avis, l'article 16 ne saurait résister à un examen constitutionnel sans qu'un tel critère y soit jugé implicite, c'est-à-dire que le Service pourrait utiliser les ESB uniquement s'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'un étranger possède des informations sur les moyens, les intentions ou les activités d'un État étranger qui aideraient le ministre dans les domaines de la défense ou de la conduite des affaires internationales du Canada.

[116] Je ne suis pas d'accord. L'absence de critère relatif aux « motifs raisonnables de soupçonner » n'est pas fatale sur le plan constitutionnel. L'article 16 comporte d'autres exigences qui, dans ce contexte, constituent une solution de rechange adéquate au critère. Le Service ne peut recueillir des renseignements étrangers que si le ministre des Affaires étrangères ou de la Défense nationale présente lui demande personnellement, par écrit, de lui prêter son assistance, et que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile donne son aval par écrit. Le Service n'agit qu'après que deux des principaux ministres fédéraux ont conclu que la collecte de renseignements étrangers est nécessaire pour protéger les intérêts du Canada en matière de défense ou d'affaires internationales. Il incombe à ces ministres de déterminer s'il est nécessaire de demander au Service de s'acquitter de son mandat eu égard au renseignement étranger. Rien ne me permet de remettre en question la bonne foi des ministres ni de douter de leur capacité à déterminer ce qui relève de l'intérêt supérieur du Canada. En outre, bien sûr, la Cour conserve son pouvoir discrétionnaire quant à la délivrance de mandats en vertu de l'article 21 si le Service cherche, plus tard, à exercer des pouvoirs envahissants.

[117] De plus, en pratique, il est peu probable que le Service, dans son rôle relatif au renseignement étranger, étire des ressources déjà rares pour tenter de recueillir des informations auprès de personnes qui ne savent

have knowledge of a foreign state's capabilities, intentions, or activities. In this way, section 16 is somewhat self-limiting, given that foreign intelligence gathering is not at the core of the Service's *raison d'être*. This distinguishes it from the Service's role under section 12, which is critical, central, and arguably essential. It is far more likely that the Service would be inclined to overreach in executing its section 12 mandate than in its section 16 role.

[118] In my view, there exist sufficient safeguards constraining the potential over-extension of the Service's foreign intelligence role to satisfy section 8 of the Charter in respect of minimally intrusive searches, such as the use of CSS, without a warrant.

[119] Therefore, in this context, I do not see a significant difference between the nature and purpose of section 16 as compared to section 12. In both areas, the Service's role furthers pressing national interests.

[120] In addition, though section 16 may lack the limiting language of section 12, it contains an essential constraint that does not apply to section 12—section 16 targets only foreign persons and states, not Canadians. Section 16's scope is broad; its application narrow.

[121] Parliament has recognized that the Service should have greater leeway in collecting information and intelligence about foreign entities in Canada for defence and international relations purposes than in investigating threats to the security of Canada.

[122] The point to be taken from the limits in section 16 is that they constrict the Service's powers in a manner consistent with its mandate to assist in protecting Canada's national defence and furthering its international relations. There are clear limits on the Service's authority under section 16 to execute minimally intrusive powers, such as the collection of data through CSS technology.

probablement rien des moyens, des intentions ou des activités d'un État étranger. En cela, l'article 16 constitue en quelque sorte sa propre limite, compte tenu du fait que la collecte de renseignements étrangers n'est pas au cœur de la raison d'être du Service, par rapport au rôle que lui confie l'article 12, qui est critique, central et, sans doute, essentiel. Il est bien plus probable que le Service soit enclin à trop en faire dans l'exécution de ce mandat qu'en ce qui concerne son rôle au titre de l'article 16.

[118] J'estime qu'il existe suffisamment de mécanismes permettant d'empêcher le Service d'aller trop loin dans son rôle eu égard au renseignement étranger pour que soit respecté l'article 8 de la Charte quant aux fouilles minimalement envahissantes menées sans mandat, comme l'utilisation d'ESB.

[119] Partant, dans ce contexte, je ne constate aucune différence importante entre les articles 12 et 16 en ce qui a trait à la nature et à l'objet. Dans les deux domaines, le rôle du Service sert les intérêts nationaux.

[120] En outre, bien qu'il ne comporte pas le libellé limitatif de l'article 12, l'article 16 comporte une contrainte essentielle à laquelle échappe l'article 12 : seuls des étrangers et des États étrangers peuvent être visés; les cibles ne peuvent pas être des Canadiens. L'article 16 a une portée large, mais un champ d'application étroit.

[121] Le législateur a reconnu que le Service devait avoir une latitude supérieure dans sa collecte d'informations et de renseignements sur les entités étrangères au Canada, à des fins de défense et de relations internationales, que celle dont il dispose pour enquêter sur les menaces pour la sécurité nationale.

[122] Il faut comprendre que les limites prévues à l'article 16 restreignent les pouvoirs du Service en fonction du rôle qui lui est confié, c'est-à-dire prêter son assistance en matière de défense nationale et d'avancement des relations internationales du Canada. Il existe des limites claires quant à l'exercice par le Service, au titre de l'article 16, de pouvoirs minimalement envahissants, comme la collecte de données au moyen d'ESB.

[123] The final factor to consider in respect of section 8 of the Charter is whether the search carried out—a CSS operation—is conducted in a reasonable manner. Chief Justice Crampton concluded, in the section 12 context, that the search was, indeed, reasonable. He considered the following factors:

- IMSI and IMEI captured from third parties was deleted or destroyed before any analysis of it was done;
- CSS operations have no discernible impact on the target's use of a device; in particular, CSS activities do not cause the user to drop calls, or prevent users from placing a 911 call; and
- CSS equipment cannot intercept the content of communications or capture information stored on a device (at paragraphs 238–242).

[124] The same factors exist for CSS operations conducted pursuant to section 16. I agree with the Chief Justice that the manner in which CSS operations are conducted is reasonable.

[125] Accordingly, I find no conflict between the warrantless use of CSS and section 8 of the Charter. Section 16 provides a sufficient and reasonable statutory basis for warrantless searches, so long as they are minimally intrusive and conducted in a reasonable manner.

IV. Issue Three—Does section 16 authorize interception of [***] data?

[***]The redactions in the following section concern technology that allows the Service to collect certain information from mobile devices. The Court concludes that the Service may use this technology, without a warrant, to obtain a specific subset of that information to identify that device for future purposes. However, the Court notes that the technology also allows the Service to acquire information from mobile devices that might permit the Service to learn about an individual's private

[123] Le dernier facteur à prendre en considération eu égard à l'article 8 de la Charte est le caractère raisonnable de l'exécution de la fouille — le recours à un ESB. Le juge en chef Crampton a conclu que, dans le contexte de l'article 12, elle était effectivement raisonnable. Il a pris en considération les facteurs suivants :

- Les IMSI et les IMEI de tiers recueillies ont été détruites avant de faire l'objet de la moindre analyse.
- Les opérations fondées sur des ESB ne nuisent d'aucune manière perceptible à l'expérience de l'utilisateur d'un appareil. En particulier, elles n'interrompent pas d'appels actifs ni n'empêchent l'utilisateur de composer le 911.
- Les ESB et le matériel connexe ne permettent pas d'intercepter le contenu d'une communication ou d'obtenir des informations stockées dans un appareil (aux paragraphes 238 à 242).

[124] Les mêmes facteurs s'appliquent aux opérations fondées sur des ESB menées au titre de l'article 16. Je conviens avec le juge en chef que les opérations fondées sur des ESB sont menées de manière raisonnable.

[125] Partant, je ne constate aucun conflit entre l'utilisation d'ESB sans mandat et l'article 8 de la Charte. L'article 16 offre un fondement légal suffisant et raisonnable aux fouilles sans mandat, pourvu qu'elles soient minimalement envahissantes et effectuées de manière raisonnable.

IV. Troisième question — L'article 16 autorise-t-il l'interception de données [***] ?

[***]Les caviardages dans la section ci-dessous concernent une technologie qui permet au Service de recueillir certaines informations d'un appareil portable. La Cour a conclu que le Service peut utiliser cette technologie sans mandat pour obtenir un sous-ensemble précis de ces informations afin d'identifier cet appareil à des fins futures. Toutefois, la Cour a soulevé le fait que la technologie pourrait aussi permettre au Service d'acquérir, à partir de l'appareil portable, des informations sur les

activities and personal choices. The Court holds that the Service requires a warrant to use the technology to acquire this further information.***]

[126] The Service submits that the interception of [***] data is essentially akin to CSS operations in that both are minimally intrusive searches conducted pursuant to valid and reasonable statutory authority (section 16) and are carried out in a reasonable manner.

[127] I disagree. Interceptions of [***] data capture more personal information than CSS operations. They require a warrant.

[128] I will first describe the technology relating to [***] interceptions and the information that can be retrieved with it. I will then consider whether section 16 provides sufficient authority for those interceptions or whether a warrant is required.

[129] The Service and the *amici* agree that [***] surveys do not contravene the *Radiocommunication Act* (R.S.C., 1985, c. R-2, paragraph 9(1)(b)) or the *Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46, sections 184, 430(1.1)(c)). I concur with their submissions and need not say anything further on that point. I note that Chief Justice Crampton came to a similar conclusion in respect of CSS operations (*(X (Re) (CSS)*, above, at paragraphs 82–106).

(1) The Technology

[130] The following overview is taken largely from the affidavit and testimony of [***] a Service employee with expertise in the area of [***]

[131] [***]

[132] [***]

[133] [***]

[134] [***]

activités privées ainsi que les choix personnels d'un individu. La Cour statue qu'un mandat est nécessaire pour acquérir ces informations supplémentaires.***]

[126] Le Service soutient que l'interception de données [***] et les opérations fondées sur les ESB sont essentiellement de même nature, car il s'agit dans les deux cas de fouilles minimalement envahissantes menées de manière raisonnable au titre de pouvoirs légaux valides et raisonnables (article 16).

[127] Je ne suis pas d'accord. L'interception de données [***] permet d'obtenir davantage d'informations personnelles que les opérations fondées sur les ESB et nécessite un mandat.

[128] En premier lieu, je vais aborder la technologie relative aux interceptions [***] et aux informations que celles-ci permettent d'obtenir. Je vais ensuite me prononcer sur la possibilité que l'article 16 suffise à autoriser ces interceptions, ou si un mandat doit être obtenu.

[129] Le Service et les *amici* conviennent que les sondages [***] ne contreviennent pas à l'alinéa 9(1)b) de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, ni à l'article 184 ni à l'alinéa 430(1.1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je suis d'accord avec leurs observations et je n'ai rien à ajouter à ce propos. Je souligne que le juge en chef Crampton en est arrivé à une conclusion similaire quant aux opérations fondées sur des ESB (*(X (Re) (ESB)* [précitée], aux paragraphes 82 à 106).

1) Technologie

[130] L'aperçu ci-dessous s'inspire largement de l'affidavit et du témoignage de [***] employé du Service spécialiste [***]

[131] [***]

[132] [***]

[133] [***]

[134] [***]

[135] [***]

[136] The Service engages in what it calls “[***] surveys.” In a survey, the Service obtains [***] in an effort to identify a particular device used by a target of an investigation.

[137] A survey involves the use of a device specially configured to capture [***] This kind of device can be portable or stationary. In either case, they are passive; [***] They do not intercept the contents of any communication or any [***] activity—they simply collect [***] An analysis of [***] can permit the Service to identify the particular device that a target is using.

[138] [***]

[139] [***]

[140] According to Service policy, surveys last no longer than [***] If the [***] target’s device has not been identified within that period of time, all information collected in the survey will be destroyed. If the [***] target’s device has been identified, the Service will retain it.

[141] The object of [***] surveys is to determine the [***] devices used by targets of investigation. With [***] the Service, armed with a warrant, can then begin to intercept the target’s [***] As with the use of CSS, obtaining [***] enables the Service to seek the authority to conduct more intrusive searches armed with a warrant.

[142] The Service makes clear that the only unique, permanent, and identifiable information it obtains through [***] surveys are [***] However, that is not the only information that is gathered.

[143] The Service also obtains ancillary information [***] Ancillary information about devices includes [***] The Service retains this information if it relates to [***] In other words, if the Service obtains [***] for a target’s device, [***] and the ancillary information associated with the device will be retained.

[135] [***]

[136] Le Service effectue ce qu’il appelle des « sondages [***] » qui lui permettent d’obtenir [***] en vue de reconnaître celui qu’utilise la cible de l’enquête.

[137] Pour ce faire, il utilise un appareil spécialement configuré pour capter, [***] Qu’il soit portable ou stationnaire, l’appareil est passif [***] Il n’intercepte ni le contenu des communications ni l’activité [***] Il recueille simplement [***] L’analyse [***] peut permettre au Service de déterminer quel appareil utilise sa cible.

[138] [***]

[139] [***]

[140] Conformément aux politiques du Service, les sondages ne durent pas plus de [***] Il détruit toute information recueillie au cours du sondage s’il n’a pas réussi à obtenir [***] de l’appareil de la cible pendant cette période. Si le Service obtient [***] il la conserve.

[141] Les sondages [***] visent à recenser [***] d’appareils utilisés par des cibles d’enquête. Fort [***] et d’un mandat, le Service peut commencer à intercepter [***] de la cible [***] Tout comme pour l’utilisation d’un ESB, l’obtention [***] permet au Service de demander un mandat permettant d’effectuer des fouilles plus envahissantes.

[142] Le Service précise bien que les seules informations uniques, permanentes et reconnaissables qu’il obtient grâce aux sondages [***] sont [***] Il ne s’agit pas, cependant, des seules informations qu’il recueille.

[143] Le Service obtient aussi des informations connexes, [***] S’agissant d’un appareil, ce sont des détails comme [***] Le Service conserve ces informations si elles ont trait à [***] Autrement dit, si le Service obtient [***] de l’appareil d’une cible, il conserve [***] et les informations connexes liées à l’appareil.

[144] Ancillary information [***] includes [***] The Service's own survey devices also generate ancillary information [***] Most useful to the Service are [***] of the survey device which establish [***] when the survey was conducted.

[145] The Service maintains that the two most useful pieces of information it captures through surveys are [***] The target's [***] are obtained through [***] It is only [***] that are revealed, not the [***] However, some information, such as the target's [***] can sometimes be gleaned [***]

[146] The [***] will tell the Service, for example, [***] This may allow the Service to determine the target's [***] behaviour patterns." In addition, that information may support a warrant application by the Service authorizing it to intercept the target's [***] through particular means.

[147] For example, if the target's [***] reveals that he or she usually [***] this may allow the Service to make use of [***]

[148] [***]

- (2) Does section 16 provide sufficient legal authority?

[149] The Service submits that the most valuable information it obtains in support of its section 16 mandate often comes from the intercepted communications of those [***foreign persons***] who are associated with [***foreign states, groups of foreign states, or foreign corporations***] in respect of which the Service is currently assisting the Minister [***]

[150] To obtain a warrant to carry out these interceptions, the Service must present reasonable grounds to believe that [***a foreign person or persons***] will be sending or receiving communications over a particular [***] device that is owned or leased by them [***] Similar to the use of CSS technology, [***] surveys allow the Service to obtain the unique electronic identifiers

[144] S'agissant [***] les informations connexes sont notamment [***] Le dispositif qu'utilise le Service pour effectuer les sondages génère aussi des données connexes [***] Ces dernières sont les plus utiles pour le Service, car elles permettent d'établir [***] au moment du sondage.

[145] Le Service soutient que les deux informations les plus utiles obtenues lors des sondages sont [***] de la cible. Il obtient [***] grâce aux [***] Seuls [***] sont révélés; les informations n'incluent pas [***] Cependant, [***] parfois une source d'informations, comme [***] de la cible.

[146] La [***] apprendra au Service, par exemple, [***] ce qui peut lui permettre d'établir ses habitudes [***] Le Service peut aussi évoquer ces informations dans une demande de mandats qui l'autoriseront à intercepter [***] de la cible grâce à des méthodes particulières.

[147] À titre d'exemple, si [***] de la cible révèle [***] le Service pourrait se servir [***]

[148] [***]

- 2) L'article 16 constitue-t-il une autorisation légale suffisante?

[149] Le Service avance que, dans bien des cas, les informations les plus utiles qu'il recueille dans l'exercice du rôle que lui confie l'article 16 découlent des communications interceptées [***des personnes étrangères***] [***qui sont associées à des États étrangers, groupes d'États étrangers, ou personnes morales étrangères***] à propos desquels il prête actuellement son assistance au ministre [***]

[150] Pour obtenir un mandat lui permettant de procéder à ces interceptions, le Service doit donner des motifs raisonnables de croire [***qu'une personne, ou des personnes, étrangères***] effectueront ou recevront des communications au moyen [***] en particulier [***] dont eux-mêmes [***] sont propriétaires ou qu'ils louent. [***] À l'instar des ESB, les sondages [***] permettent

associated with the devices which, in turn, will permit the Service to conduct warranted interceptions [***]

[151] The Service concedes that the use of [***] surveys to obtain [***] amounts to a search for purposes of section 8 of the Charter. However, the Service maintains that these searches constitute a minimal intrusion on individuals' expectations of privacy. [***], according to the Service, is similar to the IMSI and IMEI information collected through CSS and no breach of section 8 takes place when the Service obtains that kind of information without a warrant. [***] reveals nothing about the user.

[152] In respect of [***], the Service contends that the information it obtains about a user's [***] is "often relatively weak and non-invasive." At most, it tells the Service [***]

[153] Further, the Service argues that section 16 provides reasonable lawful authority for conducting [***] surveys that generate [***] Parliament, says the Service, has explicitly authorized the Service under section 16 to collect foreign intelligence, within Canada, to assist the ministers of Foreign Affairs and Defence in determining the capabilities, intentions, or activities of foreign persons.

[154] The Service submits that section 16 complies with the requirement that the statutory basis for a warrantless search be transparent in its grant of official powers, and that it set out clear criteria (citing *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 [*Spencer*] and *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399). In addition, the Service argues that section 16 does not establish an unconstitutionally vague standard (as described in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36).

[155] In any case, says the Service, a low standard is appropriate in this context where privacy interests are reduced and state objectives predominate (*R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at paragraph 23; *X (Re) (CSS)*, above, at paragraph 206).

au Service d'obtenir les identifiants électroniques uniques ayant trait aux appareils, ce qui leur permet ensuite de procéder, en vertu de mandats, à l'interception [***]

[151] Le Service reconnaît que le recours aux sondages [***] pour obtenir [***] constitue une fouille visée à l'article 8 de la Charte. Il soutient toutefois que de telles fouilles constituent des atteintes minimales à l'attente des personnes au respect de leur vie privée. Le Service estime [***] est comparable à l'IMSI et à l'IMEI recueillis au moyen d'un ESB, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une information dont la collecte sans mandat n'enfreint pas l'article 8. [***] ne révèle rien à propos de son utilisateur.

[152] En ce qui a trait [***] le Service soutient que les informations obtenues sur [***] l'utilisateur [TRADUCTION] « ont souvent une utilité relativement faible et sont peu indiscretes ». Tout au plus, elles révèlent au Service [***]

[153] En outre, le Service soutient que l'article 16 constitue une autorisation légale raisonnable de procéder aux sondages [***] qui lui permettent d'obtenir [***] Le Service estime que le législateur, au moyen de l'article 16, l'a explicitement autorisé à recueillir des renseignements étrangers, dans les limites du Canada, pour aider les ministres des Affaires étrangères et de la Défense à déterminer les moyens, les intentions et les activités d'étrangers.

[154] Selon le Service, l'article 16 respecte l'exigence selon laquelle la disposition législative qui autorise une fouille sans mandat doit clairement octroyer un pouvoir officiel et établir des critères limpides (citant *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 (*Spencer*) et *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399). En outre, de l'avis du Service, l'article 16 n'établit pas un critère vague au point d'en être inconstitutionnel (comme en fait état l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606).

[155] Le Service ajoute que, de toute façon, l'application d'une norme moins rigoureuse se justifie dans un tel contexte, lorsque les droits à la vie privée sont réduits ou lorsque les objectifs de l'État sont prédominants (*R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, au paragraphe 23; *X (Re) (ESB)*, au paragraphe 206).

[156] In addition, the Service points to a number of features of section 16 that it says are indicative of its reasonableness. These factors largely track the submissions the Service put forward in respect of CSS operations, discussed above, but bear repeating in this context.

(a) *Nature and Purpose:*

[157] Section 16 fulfills an important state purpose, namely, the collection of foreign intelligence to assist the ministers in relation to the defence of Canada and its international affairs.

(b) *Criteria and Limits:*

[158] The provision contains objective criteria and strict limits, notably, the requirements that a Minister request the Service's assistance in writing; that the Minister of Public Safety must personally consent to the assistance; that the assistance be connected to a foreign state's capabilities, intentions, or activities; that Canadians not be targeted; and that the assistance must take place within Canada.

(c) *Balance:*

[159] Section 16 strikes a balance between the public interest in the collection of foreign intelligence and personal privacy. The ministers must weigh these factors before initiating a request for assistance and engaging the Service's use of investigatory techniques.

(d) *Minimally Intrusive:*

[160] Since the Service can invoke the intrusive warranted powers under section 21 of the Act in pursuit of its section 16 mandate, it follows that section 16 allows for the collection of information through minimally intrusive means without a warrant.

[156] En outre, le Service souligne différentes caractéristiques de l'article 16 qui, à son avis, attestent de son caractère raisonnable. Ces facteurs concordent en gros avec les demandes présentées par le Service quant aux opérations fondées sur des ESB, dont il est question plus haut. Il est toutefois utile de les répéter ici.

a) *Nature et objet*

[157] L'article 16 permet d'atteindre un important objectif étatique, à savoir la collecte de renseignements étrangers en vue d'aider les ministres en matière de défense nationale et d'affaires internationales.

b) *Critères et limites*

[158] L'article 16 comporte des critères objectifs et prévoit des limites strictes, notamment les obligations suivantes : un ministre demande l'assistance du Service par écrit; le ministre de la Sécurité publique y consent personnellement; l'assistance porte sur les moyens, les intentions ou les activités d'un État étranger, ne peut viser aucun Canadien et est prêtée dans les limites du Canada.

c) *Équilibre*

[159] L'article 16 établit un équilibre entre, d'une part, l'intérêt public dans la collecte de renseignements étrangers et, d'autre part, le respect de la vie privée. Les ministres doivent mettre ces facteurs en balance avant de présenter une demande d'assistance qui amènera le Service à utiliser des techniques d'enquête.

d) *Empiètement minimal*

[160] Puisque le Service peut exercer des pouvoirs envahissants en vertu de mandats visés à l'article 21 de la Loi sur le SCRS pour assumer le rôle que lui confie l'article 16, il s'ensuit que l'article 16 permet la collecte d'informations sans mandat grâce à des méthodes minimalement envahissantes.

(e) *Accuracy:*

[161] The manner in which the Service conducts [***] surveys ensures that the information it collects accurately identifies the device being used by the target and filters out information relating to other devices.

(f) *Accountability:*

[162] The Service is accountable for its activities to the Minister of Public Safety and is bound by the Ministerial Direction for Operations and Accountability. In addition, the conduct of the Service was reviewed by the Security and Intelligence Review Committee (SIRC); it is now accountable to the National Security and Intelligence Agency (NSIRA).

[163] The Service also maintains that the other limits that section 12 contains—that collection is strictly necessary and that there exist reasonable grounds to suspect—are not appropriate in the section 16 context.

[164] The *amici* point out, however, that a warrantless search is presumptively unreasonable for purposes of section 8 of the Charter (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508). To conform with section 8, a warrantless search must be expressly authorized by a reasonable law and be carried out reasonably. The *amici* assert that the searches that result from [***] surveys are not authorized by section 16 and the power to conduct them cannot be implied.

[165] The *amici* also contend that these searches are more than minimally intrusive and, therefore, that they can be conducted only pursuant to a warrant. In particular, these kinds of searches permit investigators to build personal profiles of targets [***]

[166] I have already found that section 16 provides a sufficient, reasonable statutory basis for conducting warrantless, minimally intrusive searches, namely, capturing IMSI and IMEI information through reasonably-conducted CSS operations. I find the same is true in respect of the use of

e) *Précision*

[161] La façon dont procède le Service pour effectuer des sondages [***] assure que les informations recueillies permettent de reconnaître l'appareil utilisé par la cible et que les informations liées à d'autres appareils sont laissées de côté.

f) *Reddition de comptes*

[162] Le Service rend compte de ses activités au ministre de la Sécurité publique et est assujéti aux instructions du ministre sur les opérations et la reddition de comptes. En outre, l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement examine la conduite du Service (cela revenait auparavant au CSARS).

[163] Le Service soutient également que les autres limites prévues à l'article 12 (collecte dans la mesure strictement nécessaire et existence de motifs raisonnables de soupçonner) ne s'appliquent pas dans le contexte de l'article 16.

[164] Cependant, les *amici* soulignent que, pour l'application de l'article 8 de la Charte, une fouille sans mandat est présumée abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265). Pour ne pas enfreindre l'article 8, une fouille sans mandat doit être autorisée expressément par une disposition législative raisonnable et être effectuée de façon raisonnable. Les *amici* soutiennent que l'article 16 n'autorise pas les fouilles que constituent les sondages [***] et que le pouvoir de les effectuer ne saurait être considéré comme implicite.

[165] À leur avis, ces fouilles sont plus que minimalement envahissantes et, partant, ne peuvent être effectuées qu'en vertu d'un mandat. Notamment, elles permettent aux enquêteurs d'établir le profil personnel de cibles [***]

[166] J'ai déjà conclu que l'article 16 offre un fondement légal suffisant et raisonnable aux fouilles sans mandat minimalement envahissantes, notamment l'obtention de l'IMSI et de l'IMEI au moyen d'opérations fondées sur des ESB menées de façon raisonnable. Ma

[***] surveys, as described above, to capture [***] of targets' devices. [***] reveals nothing personal about the target. It simply permits the Service to identify the device for future purposes. Essentially, [***] are analogous to IMSI and IMEI in the CSS context.

[167] Accordingly, I agree with the Service that section 16 provides a reasonable statutory basis for capturing [***] of targets' devices through [***] surveys.

[168] I am also satisfied that minimally intrusive [***] surveys conducted pursuant to section 16 are carried out reasonably. As with CSS technology, there is no impact on any private communications, [***] or other private information stored in the device. Any third-party information collected is destroyed.

[169] However, I come to a different conclusion regarding the other information the Service would obtain through [***] surveys—[***]

[170] Again, the Service concedes that [***] surveys are searches but argues that, as with CSS operations, these surveys are minimally intrusive and should not require a warrant.

[171] It is important to note, however, in respect of [***], the kind of search that is in issue here. The target of a search would have a strong interest in keeping their personal activities private, and have an obvious subjective expectation of privacy. That expectation would be reasonable in the circumstances.

[172] As described above, [***] may tell investigators about the target's private activities and allow inferences to be made about the person's personal choices. The significance of the information collected is an important factor to consider in this context (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 [cited above], at paragraphs 18, 26–31; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at paragraph 38).

conclusion est la même eu égard au recours au sondage [***] dont il est question plus haut, qui servent à obtenir [***] des appareils des cibles. [***] ne révèle aucun renseignement personnel sur la cible. Elle permet simplement au Service de reconnaître l'appareil pour des motifs ultérieurs. Essentiellement, dans le contexte [***] est analogue à l'IMSI et à l'IMEI dans le contexte des ESB.

[167] Partant, je conviens avec le Service que l'article 16 offre un fondement légal raisonnable à l'obtention [***] des appareils d'une cible au moyen de sondages [***]

[168] En outre, je suis convaincu que les sondages [***] minimalement envahissants, menés au titre de l'article 16, le sont raisonnablement. Comme pour la technologie relative aux ESB, il n'y a aucune incidence sur les communications privées, [***] ou toute autre information privée stockée dans l'appareil. Les informations de tiers recueillies sont détruites.

[169] Cependant, j'en arrive à une conclusion différente en ce qui a trait aux autres informations que le Service obtiendrait au moyen des sondages [***]

[170] Je réitère que le Service reconnaît que les sondages [***] constituent des fouilles, mais soutient qu'à l'instar des opérations fondées sur les ESB, ces sondages sont minimalement envahissants et devraient pouvoir être effectués sans mandat.

[171] Par contre, en ce qui a trait [***] il est important de souligner le genre de fouille en cause. La cible d'une telle fouille aurait un intérêt considérable à garder privées ses activités personnelles, et elle a manifestement une attente subjective en matière de vie privée. Dans les circonstances, il s'agirait d'une attente raisonnable.

[172] Comme il en est question plus haut, [***] peuvent renseigner les enquêteurs sur les activités privées de la cible et leur permettre de tirer des conclusions quant à ses choix personnels. L'importance des informations recueillies est un facteur dont il faut tenir compte dans ce contexte (*Spencer*, aux paragraphes 18 et 26 à 31; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, au paragraphe 38).

[173] In *Spencer*, Justice Thomas Cromwell, for the Court, underscored the need for a purposive approach to section 8 issues, one that seeks “the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society” (paragraph 15). In particular, in determining whether a person had a reasonable expectation of privacy, one must consider the totality of the circumstances and consider the subject matter of the search, the affected person’s interest in that subject matter, the person’s subjective expectation of privacy, and the reasonableness of that expectation (paragraph 18).

[174] With respect to the subject matter of the search, it is often important to look beyond the actual information that has been captured and consider what that information reveals. For example, in *Spencer*, Justice Cromwell found that the subject matter of the search went beyond the subscriber information that was obtained by the police and included the personal lifestyle details that could potentially be disclosed by that information (paragraphs 25, 26). In effect, it allowed the police to correlate a person’s name and address with activities that were of interest to state authorities; in that case, collection of child pornography. The subject matter of a search should not be defined narrowly (*R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531, at paragraph 29). This is particularly important when considering searches of electronic information (*R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608 [*Marakah*], at paragraph 14).

[175] Similarly, the Supreme Court has held that the information obtained when a police dog sniffs a package is simply the odour emanating from it; but the dog’s reaction to the smell permits an inference to be made about the contents of the package (see *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 456 [*Kang-Brown*]). In determining the subject matter of a search, then, one must look beyond the information obtained to the inferences that could be drawn from it (*Marakah*, at paragraph 20).

[173] Dans l’arrêt *Spencer*, le juge Thomas Cromwell, au nom de la Cour, souligne la nécessité d’adopter une approche téléologique aux questions qui mettent en cause l’article 8, axée sur « la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l’épanouissement personnel et à l’autonomie ainsi qu’au maintien d’une société démocratique prospère » (au paragraphe 15). En particulier, pour déterminer si une personne a une attente raisonnable en matière de vie privée, il est nécessaire de prendre en considération l’ensemble des circonstances ainsi que l’objet de la recherche, le droit de la personne concernée à l’égard de l’objet, l’attente subjective de la personne en matière de respect de sa vie privée ainsi que le caractère raisonnable de cette attente (au paragraphe 18).

[174] En ce qui a trait à l’objet de la fouille, il est souvent important de voir au-delà des informations elles-mêmes et de tenir compte de ce qu’elles révèlent. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Spencer*, le juge Cromwell a conclu que l’objet de la fouille allait au-delà des informations sur l’abonné obtenues par la police et touchait aussi aux détails sur le mode de vie que ces informations pourraient finir par révéler (aux paragraphes 25 et 26). En effet, elles ont permis aux policiers de mettre en rapport le nom et l’adresse d’une personne avec des activités auxquelles s’intéressaient les autorités étatiques, en l’occurrence la collecte de pornographie infantile. Il ne faut pas définir l’objet de la fouille de façon restrictive (*R. c. Reeves*, 2018 CSC 5, [2018] 3 R.C.S. 531, au paragraphe 29), particulièrement lorsqu’elle porte sur des données électroniques (*R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608 (*Marakah*), au paragraphe 14).

[175] De même, la Cour suprême a soutenu que les informations obtenues lorsqu’un chien renifle un colis sont, purement et simplement, les odeurs qui en émanent. Toutefois, la réaction du chien permet d’inférer le contenu du colis (*R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 456 [*Kang-Brown*]). Partant, pour déterminer l’objet d’une recherche, il est nécessaire d’aller au-delà des informations obtenues et de s’intéresser aux conclusions qu’il est possible d’en tirer (*Marakah*, au paragraphe 20).

[176] Here, information about a person's [***] would allow the Service to draw inferences about that person's lifestyle and private activities. Individuals would have a direct interest in that subject matter and would subjectively expect that information to be kept private.

[177] In my view, that subjective expectation of privacy would be reasonable in the circumstances. Particularly significant in this context is the private nature of the information that can be inferred [***] The Service rightly points out that [***] will often reveal nothing about the owner of a device. For example, [***] may simply be [***] On the other hand, however, [***] may disclose the [***] with which the person of interest can be associated—[***] Typically, owners of devices have no control over [***] except possibly [***] This absence of control, however, does not mean that their expectation of privacy in the information that can be revealed is not reasonable (*Marakah*, at paragraph 41).

[178] Therefore, in my view, the information [***] may allow inferences to be drawn about lifestyle choices and private activities that individuals would wish to maintain and shield from state authorities (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at page 293, (1993), 145 A.R. 104). Their expectation of privacy in that information is reasonable.

[179] Accordingly, given this difference between CSS operations, which involve minimally intrusive collections, and [***] surveys, which may involve collection of intrusive lifestyle information, I find that the latter require a warrant. These surveys may result in the gathering of personal information that is not open to public view and not released or abandoned by the targets of investigations. These factors tend in the direction of requiring a warrant (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paragraph 32).

[180] In addition, I have no evidence before me suggesting that it would be impracticable or infeasible to obtain a warrant to conduct [***] surveys (*Kang-Brown*, at paragraph 59).

[176] En l'espèce, [***] d'une personne permettrait au Service de tirer des conclusions quant à son mode de vie et à ses activités privées. Une personne aurait un intérêt direct en la matière et s'attendrait subjectivement à ce que ces informations demeurent du domaine privé.

[177] À mon avis, cette attente subjective en matière de vie privée serait raisonnable dans les circonstances. Le caractère privé des informations qui peuvent être inférées [***] revêt une importance particulière dans ce contexte. Le Service souligne à juste titre que, souvent, [***] ne révélera rien du propriétaire d'un appareil. À titre d'exemple, il peut s'agir d'une simple [***] En revanche, [***] peut révéler [***] la personne d'intérêt peut être liée, [***] En général, le propriétaire d'un appareil n'a aucun pouvoir sur [***] sauf peut-être [***] Cette absence de contrôle ne signifie cependant pas que l'attente en matière de vie privée eu égard aux informations susceptibles d'être révélées n'est pas raisonnable (*Marakah*, au paragraphe 41).

[178] Ainsi, à mon avis, les informations [***] peuvent permettre de tirer des conclusions sur des éléments du mode de vie et des activités privées de personnes qui souhaiterait les conserver et les mettre à l'abri des autorités étatiques (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la page 293). Leur attente en matière de respect de la vie privée eu égard à ces informations est raisonnable.

[179] Partant, compte tenu de la différence entre une opération fondée sur les ESB, qui implique une collecte minimalement envahissante, et le sondage [***] qui peut entraîner la collecte envahissante d'informations sur le mode de vie, je conclus que ce dernier nécessite un mandat. De tels sondages peuvent mener à la collecte de renseignements personnels à caractère privé, qui n'ont été ni divulgués ni abandonnés par la cible d'une enquête. Ces facteurs tendent à démontrer qu'un mandat est nécessaire (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, au paragraphe 32).

[180] En outre, rien de ce que j'ai devant moi ne porte à croire qu'il serait impossible ou infaisable d'obtenir un mandat pour effectuer un sondage [***] (*Kang-Brown*, au paragraphe 59).

[181] While I found that section 16 is a reasonable law to the extent that it permits conducting minimally intrusive searches without a warrant, I cannot come to the same conclusion regarding [***] surveys that collect personal lifestyle information. In my view, impartial judicial prior authorization—a warrant—is required for the Service to collect that information. In essence, I agree with Chief Justice Crampton when he found that “once [the Service] moves beyond minimally invasive collection activities, it will require a warrant” (*X (Re) (CSS)*, at paragraph 219).

V. Issue Four—Does section 16 authorize interception of communications outside Canada?

[182] The Service seeks an assurance that it has lawful authority to intercept [***a foreign person’s***] communications from within Canada even if [***the foreign person***] is outside of Canada. The Service claims that this authority would enhance its ability to collect information relevant to the particular [***] capabilities, intentions, or activities.

[183] The issue arises because of the requirement in section 16 that foreign intelligence be collected only “within Canada”. The words “within Canada” have been the subject of other litigation in this Court, most particularly in the case of *X (Re)* ([***]), 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567 [cited above], aff’d in *X (Re)* ([***]) 2018 FCA 207. There, Justice Simon Noël concluded that the words “within Canada” in section 16 unambiguously mean within Canada’s geographical boundaries (at paragraphs 62, 100).

[184] The *amici* agree with the Service that the geographical requirements of section 16 are met when interceptions take place within Canada in respect of communications outside Canada.

[185] I agree. Still, to make clear what the Service proposes, I describe how these interceptions occur.

[181] Si j’ai effectivement conclu que l’article 16 est une disposition législative raisonnable qui permet la réalisation de fouilles minimalement envahissantes sans mandat, je ne peux pas trancher de la même manière en ce qui a trait aux sondages [***] qui permettent de recueillir des renseignements personnels sur le mode de vie. À mon avis, le Service doit obtenir au préalable une autorisation judiciaire impartiale, c’est-à-dire un mandat, pour recueillir ces informations. Essentiellement, je suis donc d’accord avec le juge en chef Crampton lorsqu’il conclut « lorsqu’il passe à des activités de collecte plus envahissantes, le Service doit obtenir un mandat » (*X (Re) (ESB)*, au paragraphe 219).

V. Quatrième question — L’article 16 autorise-t-il l’interception de communications à l’extérieur du Canada?

[182] Le Service cherche à s’assurer qu’il a le pouvoir légitime d’intercepter les communications [***d’une personne étrangère***] dans les limites du Canada, même si [***cette personne étrangère***] se trouve à l’étranger. Le Service estime que ce pouvoir accroîtrait sa capacité de recueillir des informations sur les moyens, les intentions ou les activités [***] en cause.

[183] Cette question est soulevée parce qu’aux termes de l’article 16, les renseignements étrangers ne peuvent être recueillis que « dans les limites du Canada ». La Cour a été saisie d’autres litiges relatifs à l’expression « dans les limites du Canada », surtout dans la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 [précitée] (dossier [***]), décision confirmée dans *X (Re)*, ([***]), 2018 CAF 207. Le juge Simon Noël y a conclu que l’expression « dans les limites du Canada » figurant à l’article 16 signifie, sans équivoque, dans les frontières géographiques du pays (aux paragraphes 62 et 100).

[184] Les *amici* conviennent avec le Service qu’il y a respect de la restriction géographique de l’article 16 lorsqu’il y a interception, dans les limites du Canada, de communications à l’étranger.

[185] Je suis d’accord. Néanmoins, pour qu’il n’y ait pas d’ambiguïté sur ce que le Service propose, je décris le déroulement de ces interceptions.

[186] A Service employee in charge of building software used in the collection of information from Communications Service Providers (CSPs), [***] explained how interceptions are made within Canada of communications outside Canada.

[187] The Service is able to conduct “telecom intercepts” of telephone communications, mobile device communications, and Internet activities [***]

[188] The Service refers to these interceptions as “Lawful Intercepts” or “LI” when conducted for purposes of protecting national security or assisting law enforcement pursuant to judicially-authorized warrants. [***]

[189] When a person leaves Canada, his or her phone will search for a suitable local service provider, one with which the person’s Canadian CSP has entered into an agreement. This is commonly called “roaming.” The foreign service provider will exchange information with the Canadian CSP in order to confirm that the person is a subscriber with a service plan.

[190] Accordingly, Canadian CSPs are aware when their customers leave the country and use their phones outside Canada. [***]

[191] [***]

[192] In the absence of clear legal authority permitting the Service to intercept a person’s communications outside of Canada, the Service’s current practice is to terminate an interception (their operation “goes down”) if it becomes aware that [***a foreign person***] has left Canada. However, if [***the foreign person***] has left the country without the Service being aware, the interceptions will continue.

[193] Based on this evidence, I am satisfied that the Service’s proposed interceptions will be made within Canada and will comply with the geographical limits of section 16. Essentially, the situation is analogous to domestic interceptions of foreign communications under section 12 as addressed comprehensively by Justice

[186] [***] employé du Service chargé de mettre au point un logiciel servant à la collecte d’informations auprès de fournisseurs de services de communication (FSC), a expliqué comment le Service intercepte, dans les limites du Canada, des communications à l’étranger.

[187] [***] le Service est en mesure d’intercepter des communications effectuées au moyen de téléphones et d’appareils mobiles ainsi que des activités Internet, [***]

[188] Selon le Service, il s’agit [TRADUCTION] d’« interceptions légales » [IL] lorsqu’elles sont menées en vue d’assurer la sécurité nationale ou d’aider à faire appliquer la loi en vertu de mandats judiciaires. [***]

[189] Le téléphone d’une personne qui se rend à l’étranger cherchera un fournisseur de service local adéquat, c’est-à-dire avec lequel le FSC canadien de la personne a conclu une entente. Ce processus est couramment appelé « itinérance ». Le fournisseur étranger échange des informations avec le FSC canadien afin de confirmer que la personne est bel et bien une abonnée disposant d’un forfait de services.

[190] En conséquence, le FSC canadien sait quand un client quitte le Canada et utilise son téléphone à l’étranger. [***]

[191] [***]

[192] Pour l’heure, puisqu’aucune disposition législative ne l’autorise clairement à intercepter les communications d’une personne à l’étranger, le Service a pour pratique de mettre fin à l’interception s’il apprend que [***la personne étrangère***] a quitté le Canada. L’interception se poursuivra cependant si [***la personne étrangère***] quitte le pays à l’insu du Service.

[193] Compte tenu de ces éléments de preuve, je suis convaincu que les interceptions que propose le Service auront lieu dans les limites du Canada et, partant, respecteront la restriction géographique prévue à l’article 16. Essentiellement, la situation est similaire aux interceptions, au Canada, de communications

Richard Mosley in *X (Re)*, 2009 FC 1058, [2010] 1 F.C.R. 460.

VI. Conclusion and Disposition

[194] This application provided an opportunity for the Court to receive from the Service detailed information about certain aspects of its foreign intelligence mandate under section 16 of the CSIS Act. In particular, the Service explained its policies and practices relating to the incidental collection of information about Canadians, including elected officials, and to the pursuit of parallel section 16/section 12 operations. In both of these areas, I found the Service's conduct generally to be appropriate and satisfactory. However, I suggest that the Service should develop guidelines for distributing and unminimizing the identities of Canadians whose communications have been incidentally intercepted, and should provide the Court an opportunity to comment on them. It should also specifically disclose when there is a possibility that the communications of an elected official or other public servant may be intercepted, allowing the Court to impose any necessary terms and conditions on the execution of the warrants. Those terms and conditions could include imposing a requirement on the Service to return to the Court for directions on the handling of information collected.

[195] I also agree with the Service's proposed amendments to its section 16 warrant templates.

[196] I conclude that section 16 provides sufficient legal authority for the Service to carry out minimally intrusive searches to collect foreign intelligence. Use of CSS technology in the manner proposed by the Service falls into this category of searches and, therefore, does not require a warrant.

[197] However, I find that the interception of [***] data, to the extent that it captures a person's [***] is more than minimally intrusive. Having access to an individual's [***] would allow the Service to draw

étrangères effectuées en vertu de l'article 12, dont le juge Richard Mosley a traité en détail dans la décision *X (Re)*, 2009 CF 1058, [2010] 1 R.C.F. 460

VI. Conclusion et décision

[194] La demande en l'espèce a donné à la Cour de prendre connaissance d'informations détaillées sur certains aspects du mandat relatif au renseignement étranger que confère au Service l'article 16 de la Loi sur le SCRS. En particulier, le Service a expliqué ses politiques et pratiques eu égard à la collecte, de manière incidente, d'informations sur des Canadiens, dont des élus, et à la conduite en parallèle d'opérations relevant des articles 12 et 16. Dans ces deux domaines, j'ai constaté que, dans l'ensemble, la conduite du Service est adéquate et satisfaisante. Je suggère cependant au Service de se donner des lignes directrices sur la diffusion d'informations pouvant permettre de reconnaître des Canadiens dont les communications ont été interceptées de manière incidente et sur le renversement de la divulgation minimale les concernant, et de donner à la Cour la possibilité de les commenter. Le Service devrait aussi informer la Cour des cas possibles d'interception, de manière incidente, de communications d'élus ou de fonctionnaires, ce qui permettrait à la Cour de fixer toute condition nécessaire à l'exécution des mandats. Il pourrait s'agir d'imposer au Service de lui redemander des directives sur le traitement des informations recueillies.

[195] En outre, je suis d'accord avec les modifications proposées par le Service aux modèles de mandats relatifs à l'article 16.

[196] Je conclus que l'article 16 constitue, pour le Service, une autorisation légale suffisante pour effectuer des fouilles minimalement envahissantes en vue de recueillir des renseignements étrangers. L'utilisation d'ESB telle que proposée par le Service entre dans cette catégorie de fouilles et, partant, ne nécessite pas de mandat.

[197] Toutefois, je constate que l'interception de données [***] dans la mesure où elle permet de découvrir [***] d'une personne, est plus que minimalement envahissante. [***] d'une personne permettrait au

inferences about his or her personal lifestyle choices [***] To comply with section 8 of the Charter, these searches require a judicially-authorized warrant.

[198] Finally, the Service’s interception on Canadian soil of communications of [***foreign persons***] who are outside Canada complies with the geographical limitation in section 16. These interceptions occur “within Canada.”

JUDGMENT in [***]

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The Service should develop guidelines for distributing and unminimizing the identities of Canadians whose communications have been incidentally intercepted under section 16, provide the Court an opportunity to comment on them, and specifically disclose to the Court when there is a possibility that the communications of an elected official or other public servant may be intercepted;
2. Section 16 provides sufficient legal authority for the use of CSS technology, in the manner proposed by the Service, without a warrant.
3. The interception of [***] data, to the extent that it captures a person’s [***], is more than minimally intrusive and requires a warrant.
4. The Service’s interception on Canadian soil of the communications of [***foreign persons***] who are outside Canada complies with the geographical limitation in section 16 as they occur “within Canada.”
5. Counsel for the Attorney General of Canada shall, within 15 days, make suggestions for information in this decision that should be redacted before it is released publicly. The *amicus* shall have 15 days

Service de tirer des conclusions quant à son mode de vie, [***] Pour respecter l’article 8 de la Charte, de telles fouilles requièrent l’obtention d’un mandat décerné par un tribunal.

[198] Enfin, l’interception par le Service, en sol canadien, de communications [***des personnes étrangères***] qui se trouvent à l’extérieur du Canada respecte la restriction géographique prévue à l’article 16 : de telles interceptions ont lieu « dans les limites du Canada ».

JUGEMENT DANS LE DOSSIER [***]

LA COUR STATUE que :

1. Le Service devrait se donner des lignes directrices sur la diffusion d’informations pouvant permettre de reconnaître des Canadiens dont les communications ont été interceptées de manière incidente et sur le renversement de la divulgation minimale les concernant, donner à la Cour la possibilité de les commenter et informer la Cour des cas possibles d’interception, de manière incidente, de communications d’élus ou de fonctionnaires.
2. L’article 16 constitue, pour le Service, une autorisation légale suffisante pour recourir aux ESB sans mandat, de la manière proposée.
3. L’interception de données [***] dans la mesure où elle permet de découvrir [***] d’une personne, est plus que minimalement envahissante et nécessite un mandat.
4. L’interception par le Service, en sol canadien, de communications [***des personnes étrangères***] qui se trouvent à l’extérieur du Canada respecte la restriction géographique prévue à l’article 16 : de telles interceptions ont lieu « dans les limites du Canada ».
5. Dans les 15 jours, l’avocat du procureur général présentera ses suggestions quant aux informations à caviarder dans la présente décision en vue de sa diffusion publique. L’*amicus* disposera ensuite de

from the receipt of those suggestions to make submissions on them. It is understood that counsel shall make every effort to keep redactions to a minimum.

15 jours pour présenter ses observations à leur sujet. Il est entendu que les avocats s'efforceront de caviarder le moins de passages possible.

ANNEX

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23

INTERPRETATION

Definitions

2 In this Act,

...

threats to the security of Canada means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d). (*menaces envers la sécurité du Canada*)

...

ANNEXE

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23

DÉFINITIONS

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

menaces envers la sécurité du Canada Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l'espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d). (*threats to the security of Canada*)

[...]

DUTIES AND FUNCTIONS OF SERVICE

Collection, analysis and retention

12 (1) The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

No territorial limit

(2) For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.

Measures to reduce threats to the security of Canada

12.1 (1) If there are reasonable grounds to believe that a particular activity constitutes a threat to the security of Canada, the Service may take measures, within or outside Canada, to reduce the threat.

Limits

(2) The measures shall be reasonable and proportional in the circumstances, having regard to the nature of the threat, the nature of the measures and the reasonable availability of other means to reduce the threat.

Warrant

(3) The Service shall not take measures to reduce a threat to the security of Canada if those measures will contravene a right or freedom guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or will be contrary to other Canadian law, unless the Service is authorized to take them by a warrant issued under section 21.1.

Clarification

(4) For greater certainty, nothing in subsection (1) confers on the Service any law enforcement power.

Prohibited conduct

12.2 (1) In taking measures to reduce a threat to the security of Canada, the Service shall not

- (a)** cause, intentionally or by criminal negligence, death or bodily harm to an individual;

FONCTIONS DU SERVICE

Informations et renseignements

12 (1) Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

Aucune limite territoriale

(2) Il est entendu que le Service peut exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l'extérieur du Canada.

Mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada

12.1 (1) S'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une activité donnée constitue une menace envers la sécurité du Canada, le Service peut prendre des mesures, même à l'extérieur du Canada, pour réduire la menace.

Limites

(2) Les mesures doivent être justes et adaptées aux circonstances, compte tenu de la nature de la menace et des mesures, ainsi que des solutions de rechange acceptables pour réduire la menace.

Mandat

(3) La prise par le Service de mesures pour réduire une menace envers la sécurité du Canada est subordonnée à l'obtention d'un mandat au titre de l'article 21.1 s'il s'agit de mesures qui porteront atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ou qui seront contraires à d'autres règles du droit canadien.

Précision

(4) Il est entendu que le paragraphe (1) ne confère au Service aucun pouvoir de contrôle d'application de la loi.

Interdictions

12.2 (1) Dans le cadre des mesures qu'il prend pour réduire une menace envers la sécurité du Canada, le Service ne peut :

- a)** causer, volontairement ou par négligence criminelle, des lésions corporelles à un individu ou la mort de celui-ci;

(b) wilfully attempt in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice; or

(c) violate the sexual integrity of an individual.

Definition of *bodily harm*

(2) In subsection (1), *bodily harm* has the same meaning as in section 2 of the *Criminal Code*.

...

Collection of information concerning foreign states and persons

16 (1) Subject to this section, the Service may, in relation to the defence of Canada or the conduct of the international affairs of Canada, assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, within Canada, in the collection of information or intelligence relating to the capabilities, intentions or activities of

(a) any foreign state or group of foreign states; or

(b) any person other than

(i) a Canadian citizen,

(ii) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, or

(iii) a corporation incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province.

Limitation

(2) The assistance provided pursuant to subsection (1) shall not be directed at any person referred to in subparagraph (1)(b)(i), (ii) or (iii).

Personal consent of Ministers required

(3) The Service shall not perform its duties and functions under subsection (1) unless it does so

(a) on the personal request in writing of the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs; and

(b) with the personal consent in writing of the Minister.

b) tenter volontairement de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice;

c) porter atteinte à l'intégrité sexuelle d'un individu.

Définition de *lésions corporelles*

(2) Au paragraphe (1), *lésions corporelles* s'entend au sens de l'article 2 du *Code criminel*.

[...]

Assistance

16 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Service peut, dans les domaines de la défense et de la conduite des affaires internationales du Canada, prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères, dans les limites du Canada, à la collecte d'informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités :

a) d'un État étranger ou d'un groupe d'États étrangers;

b) d'une personne qui n'appartient à aucune des catégories suivantes :

(i) les citoyens canadiens,

(ii) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*,

(iii) les personnes morales constituées sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale.

Restriction

(2) L'assistance autorisée au paragraphe (1) est subordonnée au fait qu'elle ne vise pas des personnes mentionnées à l'alinéa (1)b).

Consentement personnel des ministres

(3) L'exercice par le Service des fonctions visées au paragraphe (1) est subordonné :

a) à une demande personnelle écrite du ministre de la Défense nationale ou du ministre des Affaires étrangères;

b) au consentement personnel écrit du ministre.

...

[...]

PART II

JUDICIAL CONTROL

Application for warrant

21 (1) If the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate, within or outside Canada, a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the Minister's approval, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

Matters to be specified in application for warrant

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

PARTIE II

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande de mandat

21 (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête, au Canada ou à l'extérieur du Canada, sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont confiées en vertu de l'article 16.

Contenu de la demande

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

c) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made under subsection (1) in relation to a person who is identified in the affidavit in accordance with paragraph (d), the date on which each such application was made, the name of the judge to whom it was made and the judge's decision on it.

Issuance of warrant

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing; or

(c) to install, maintain or remove any thing.

Activities outside Canada

(3.1) Without regard to any other law, including that of any foreign state, a judge may, in a warrant issued under subsection (3), authorize activities outside Canada to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada.

Matters to be specified in warrant

(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes antérieures présentées au titre du paragraphe (1) touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

Délivrance du mandat

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas (2)a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents ou objets. À cette fin, il peut autoriser aussi, de leur part :

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.

Activités à l'extérieur du Canada

(3.1) Sans égard à toute autre règle de droit, notamment le droit de tout État étranger, le juge peut autoriser l'exercice à l'extérieur du Canada des activités autorisées par le mandat décerné, en vertu du paragraphe (3), pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada.

Contenu du mandat

(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes :

a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou

or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;

(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.

Maximum duration of warrant

(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or

(b) one year in any other case.

Application for warrant — measures to reduce threats to the security of Canada

21.1 (1) If the Director or any employee who is designated by the Minister for the purpose believes on reasonable grounds that a warrant under this section is required to enable the Service to take measures, within or outside Canada, to reduce a threat to the security of Canada, the Director or employee may, after having obtained the Minister's approval, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

Matters to be specified in application

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by the applicant's affidavit deposing to the following matters:

(a) the facts relied on to justify the belief on reasonable grounds that a warrant under this section is required to

d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;

b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

Durée maximale

(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale :

a) de soixante jours, lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue à l'article 2;

b) d'un an, dans tout autre cas.

Demande de mandat — mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada

21.1 (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de prendre, au Canada ou à l'extérieur du Canada, des mesures pour réduire une menace envers la sécurité du Canada.

Contenu de la demande

(2) La demande est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat

enable the Service to take measures to reduce a threat to the security of Canada;

(b) the measures proposed to be taken;

(c) the reasonableness and proportionality, in the circumstances, of the proposed measures, having regard to the nature of the threat, the nature of the measures and the reasonable availability of other means to reduce the threat;

(d) the identity of the persons, if known, who are directly affected by the proposed measures;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding 60 days or 120 days, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (6); and

(h) any previous application made under subsection (1) in relation to a person who is identified in the affidavit in accordance with paragraph (d), the date on which each such application was made, the name of the judge to whom it was made and the judge's decision on it.

Issuance of warrant

(3) Despite any other law but subject to the *Statistics Act*, if the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (c) that are set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to take the measures specified in it and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing;

est nécessaire pour permettre au Service de prendre des mesures pour réduire une menace envers la sécurité du Canada;

b) les mesures envisagées;

c) le fait que les mesures envisagées sont justes et adaptées aux circonstances, compte tenu de la nature de la menace et des mesures, ainsi que des solutions de rechange acceptables pour réduire la menace;

d) l'identité des personnes qui sont touchées directement par les mesures envisagées, si elle est connue;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (6), de soixante jours ou de cent vingt jours au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes antérieures présentées au titre du paragraphe (1) touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

Délivrance du mandat

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits qui sont mentionnés aux alinéas (2)a) et c) et énoncés dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à prendre les mesures qui y sont indiquées. À cette fin, il peut autoriser aussi, de leur part :

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

(c) to install, maintain or remove any thing; or

(d) to do any other thing that is reasonably necessary to take those measures.

Measures taken outside Canada

(4) Without regard to any other law, including that of any foreign state, a judge may, in a warrant issued under subsection (3), authorize the measures specified in it to be taken outside Canada.

Matters to be specified in warrant

(5) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the measures authorized to be taken;

(b) the identity of the persons, if known, who are directly affected by the measures;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) any terms and conditions that the judge considers advisable in the public interest.

Maximum duration of warrant

(6) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) 60 days if the warrant is issued to enable the Service to take measures to reduce a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition *threats to the security of Canada* in section 2; or

(b) 120 days in any other case.

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets;

d) les autres actes nécessaires dans les circonstances à la prise des mesures.

Mesures à l'extérieur du Canada

(4) Sans égard à toute autre règle de droit, notamment le droit de tout État étranger, le juge peut autoriser la prise à l'extérieur du Canada des mesures indiquées dans le mandat décerné en vertu du paragraphe (3).

Contenu du mandat

(5) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes :

a) les mesures autorisées;

b) l'identité des personnes qui sont touchées directement par les mesures, si elle est connue;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

Durée maximale

(6) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale :

a) de soixante jours, lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de prendre des mesures pour réduire une menace envers la sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces à l'article 2;

b) de cent vingt jours, dans tout autre cas.

T-2023-18
2021 FC 186

T-2023-18
2021 CF 186

Allergan Inc. (Plaintiff)

Allergan Inc. (demanderesse)

v.

c.

Sandoz Canada Inc. (Defendant)

Sandoz Canada Inc. (défenderesse)

and

et

Kissei Pharmaceutical Co., Ltd. (Defendant/Patent Owner)

Kissei Pharmaceutical Co., Ltd. (défenderesse/propriétaire de brevet)

- and -

- et -

Sandoz Canada Inc. (Plaintiff by Counterclaim)

Sandoz Canada Inc. (demanderesse reconventionnelle)

v.

c.

Allergan Inc. and Kissei Pharmaceutical Co., Ltd. (Defendants by Counterclaim)

Allergan Inc. et Kissei Pharmaceutical Co., Ltd. (défenderesses reconventionnelles)

INDEXED AS: ALLERGAN INC. v. SANDOZ CANADA INC.

RÉPERTORIÉ : ALLERGAN INC. c. SANDOZ CANADA INC.

Federal Court, Crampton C.J.—Ottawa, February 26, 2021.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Ottawa, 26 février 2021.

Practice — Costs — Reasons for order concerning costs claimed in relation to patent infringement action filed by plaintiff Allergan Inc. (Allergan) against defendant Sandoz Canada Inc. (Sandoz), Sandoz’s counterclaim — Allergan, exclusive licensee of Canadian Patent No. 2507002 (’002 patent) commencing infringement action against Sandoz in underlying action — Sandoz successful on one issue, Allergan successful on two other issues — Parties invited to make submissions on costs — Issue whether to fix costs by way of lump sum — Granting lump sum award becoming increasingly common — Lump sum award furthering objective of securing just, most expeditious, least expensive determination of proceedings — Factors to consider set out in Federal Courts Rules, r. 400(3)— Successful party generally entitled to its costs, even if not entirely successful — Possible to depart from general rule in cases of truly “divided success” or “mixed results” — Line of cases holding that where prevailing defendant not succeeding with respect to all of its allegations of invalidity, this outcome not constituting “divided success” or “mixed results”, considered binding herein — Sandoz thus entitled to its costs — Assessment of appropriate lump sum award

Pratique — Frais et dépens — Motifs d’ordonnance concernant les dépens réclamés à l’égard de l’action en contrefaçon de brevet déposée par la demanderesse, Allergan Inc. (Allergan), contre la défenderesse, Sandoz Canada Inc. (Sandoz), ainsi que la demande reconventionnelle introduite par Sandoz — Dans l’action principale, Allergan, la titulaire exclusive d’une licence sur le brevet canadien n° 2507002 (le brevet ’002), a intenté contre Sandoz une action en contrefaçon — Sandoz a obtenu gain de cause à l’égard d’une question et Allergan a eu gain de cause pour ce qui est des deux autres questions — Les parties ont été invitées à présenter des observations concernant les dépens — Il s’agissait de savoir s’il convenait de fixer les dépens sous forme de somme globale — Il est devenu de plus en plus courant d’adjuger une somme globale — L’adjudication d’une somme facilite l’objectif consistant à apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — Les facteurs à prendre en considération sont énoncés au paragraphe 400(3) des Règles des Cours fédérales — La règle générale veut que la partie victorieuse ait droit aux dépens, même si elle n’a pas eu gain de cause sur chacun des arguments qu’elle a avancés — Il est possible de diverger de

beginning at mid-point of 25–50 percent range — Reasonable, appropriate here to award costs on lump sum basis — Plaintiff Allergan Inc. ordered to pay lump sum amount to defendant Sandoz.

These were the reasons for an order concerning the costs claimed in relation to the patent infringement action filed by the plaintiff Allergan Inc. (Allergan) against the defendant Sandoz Canada Inc. (Sandoz), as well as the latter's counterclaim in this proceeding.

In the underlying action, Allergan, the exclusive licensee of Canadian Patent No. 2507002 ('002 patent) that pertains to the prescription drug RAPAFLO, commenced an infringement action against Sandoz pursuant to subsection 6(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Sandoz filed a statement of defence and counterclaim in which it denied that its product would infringe the '002 patent and claimed that the patent was invalid on the grounds of obviousness. A judgment was issued in December 2020 addressing the merits of Allergan's action and Sandoz's counterclaim. Three principal issues were addressed in that judgment: whether Sandoz's product would infringe the '002 patent; whether representations that were made during the patent application process on behalf of Kissei Pharmaceuticals Co., Ltd. (Kissei) could be introduced as evidence in this proceeding; and whether the '002 patent was invalid on the ground of obviousness. Sandoz was successful on the first issue and Allergan was successful on the second and third issues. The parties were invited to make submissions on costs to identify a lump sum amount that reflected certain identified factors as well as any additional relevant factors, including those identified in rule 400 of the *Federal Courts Rules* (Rules).

The main issue herein was whether it was reasonable to fix the costs by way of a lump sum.

Held, the plaintiff Allergan should be ordered to pay a lump sum amount to the defendant Sandoz.

In recent years, the granting of a lump sum award has become increasingly common. To the extent that a lump sum award can be expected to reduce the time and effort typically

cette approche dans les cas réels de « succès partagé » ou de « succès partiels » — Était contraignante la jurisprudence portant que la défense victorieuse ne constitue pas un « succès partagé » ni un « succès partiel » lorsque le défendeur ne réussit pas à imposer l'ensemble de ses allégations d'invalidité — Sandoz avait donc droit aux dépens — La taxation d'une somme globale appropriée débute au milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100 — Il était raisonnable et approprié en l'espèce d'adjuger les dépens sous la forme d'une somme globale — Il a été ordonné à la demanderesse, Allergan Inc., de verser une somme globale à la défenderesse, Sandoz.

Il s'agissait de motifs d'ordonnance concernant les dépens réclamés à l'égard de l'action en contrefaçon de brevet déposée par la demanderesse, Allergan Inc. (Allergan), contre la défenderesse, Sandoz Canada Inc. (Sandoz), ainsi que la demande reconventionnelle introduite par cette dernière dans la présente instance.

Dans l'action principale, Allergan, la titulaire exclusive d'une licence sur le brevet canadien n° 2507002 (le brevet '002), qui concerne le médicament sur ordonnance RAPAFLO, a intenté contre Sandoz une action en contrefaçon, conformément au paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Sandoz a déposé une défense et demande reconventionnelle, dans laquelle elle niait que son produit contreferaient le brevet '002 et soutenait que celui-ci était invalide pour des motifs d'évidence. Un jugement sur le fond a été rendu en décembre 2020 concernant l'action d'Allergan et la demande reconventionnelle de Sandoz. Trois questions principales ont été examinées dans ce jugement : la question de savoir si le produit de Sandoz contreviendrait au brevet '002; si des observations présentées durant le processus de demande de brevet pour le compte de Kissei Pharmaceuticals Co., Ltd. (Kissei) pouvaient être produites en preuve en l'espèce; et si le brevet '002 était invalide pour cause d'évidence. Sandoz a obtenu gain de cause à l'égard de la première question et Allergan a eu gain de cause pour ce qui est des deuxième et troisième questions. Les parties ont été invitées à présenter des observations concernant les dépens afin de trouver une somme globale qui tienne compte de certains facteurs cernés ainsi que tout autre facteur pertinent, notamment ceux prévus à la règle 400 des *Règles des Cours fédérales* (Règles).

Il s'agissait principalement de savoir dans la présente affaire s'il était raisonnable de fixer les dépens sous forme de somme globale.

Jugement : il doit être ordonné à la demanderesse Allergan de verser une somme globale à la défenderesse Sandoz.

Au cours des dernières années, il est devenu de plus en plus courant d'adjuger une somme globale. Dans la mesure où l'on peut s'attendre à ce que l'adjudication d'une somme globale

associated with preparing and reviewing the type of detailed bill of costs that is required for the purposes of an assessment under Tariff B, it will further the objective of securing “the just, most expeditious and least expensive determination” of proceedings and should be favoured. The principal factors the Court may consider in its determination of a cost award are set forth in a non-exhaustive list in subsection 400(3) of the Rules. The general rule is that the successful party is entitled to have its costs, even if it was not successful in respect of each and every argument it pursued. However, the Court may depart from this approach in cases of truly “divided success” or “mixed results”. The case law is split on the issue of whether the successful defence of a patent infringement action constitutes “divided success” when the defendant in the main action is not successful with respect to one or more other allegations of invalidity. In one line of cases, the cost award in favour of the defendant who prevailed was reduced to reflect the fact that it did not succeed with respect to some or all of its allegations of invalidity. The second line of cases holds that this type of outcome does not constitute “divided success” or “mixed results” and that therefore the defendant is entitled to its costs. The second line of cases was considered to be binding herein. With this in mind, where a defendant prevails with respect to either the plaintiff’s allegation of infringement or one or more of its allegations of invalidity, an assessment of an appropriate lump sum award should begin at the mid-point of the 25–50 percent range. This would provide a better incentive than the lower end of this range for parties to conduct their litigation in a manner that permits the Court to achieve its objective of shorter trials in the drug patent area.

It was reasonable and appropriate in this case to award costs on a lump sum basis, calculated as a percentage of the prevailing party’s legal fees. Among the relevant factors analysed in this case were the lump sum versus assessment pursuant to Tariff B of the Rules, the result of the proceeding, the importance and complexity of the issues, written offers to settle, and any conduct that tended to shorten or unnecessarily lengthen the proceeding. Sandoz succeeded in defending Allergan’s patent infringement allegation in the main action of this proceeding. However, it was unsuccessful with respect to its counterclaim based on obviousness and the relevance of the prosecution history of the ‘002 patent. There should be consequences for having advanced and then failed to succeed on these issues. Granting Allergan its costs in relation to these issues, or at least reducing the award to which Sandoz would otherwise be entitled, would be consistent with the important rationale of sanctioning behaviour that increases the duration and expense of litigation. However, the controlling case law did not permit granting Allergan its costs in relation to the

réduire le temps et les efforts généralement requis par la préparation et l’examen du type de mémoire de dépens détaillé nécessaire aux fins d’une taxation au titre du tarif B, elle facilitera davantage l’objectif consistant à apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » et devrait être favorisée. Les principaux facteurs dont la Cour peut tenir compte dans son calcul des dépens à adjuger sont énoncés dans une liste non exhaustive au paragraphe 400(3) des Règles. La règle générale veut que la partie victorieuse ait droit aux dépens, même si elle n’a pas eu gain de cause sur chacun des arguments qu’elle a avancés. Cependant, la Cour peut diverger de cette approche dans les cas réels de « succès partagé » ou de « succès partiels ». La jurisprudence est divisée quant à la question de savoir si la défense victorieuse dans une action en contrefaçon de brevet constitue un « succès partagé » lorsque le défendeur dans l’action principale ne parvient pas à faire aboutir au moins une autre allégation d’invalidité. Dans certaines décisions, les montants adjugés au défendeur ayant eu gain de cause ont été réduits pour tenir compte du fait qu’il n’avait pas réussi à imposer certaines ou l’ensemble de ses allégations d’invalidité. Un autre courant jurisprudentiel a explicitement jugé que ce type de résultats ne constituait pas un « succès partagé » ni des « succès partiels » et, donc, que le défendeur a droit aux dépens. Le second courant jurisprudentiel était contraignant en l’espèce. En gardant cela à l’esprit, lorsqu’un défendeur dans l’action principale a gain de cause à l’égard de l’allégation de contrefaçon du demandeur, ou d’au moins une de ses allégations d’invalidité, la taxation d’une somme globale appropriée devrait débiter au milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100. L’adoption du milieu, plutôt que de l’extrémité inférieure, de la fourchette, inciterait davantage les parties à mener leur litige d’une manière qui permette à la Cour d’atteindre son objectif de raccourcir les procès liés aux brevets de médicaments.

Il était raisonnable et approprié en l’espèce d’adjuger les dépens sous la forme d’une somme globale, correspondant à un pourcentage des honoraires d’avocat de la partie victorieuse. Les facteurs pertinents suivants figurent parmi ceux qui ont été analysés dans la présente affaire : la somme globale par rapport à la taxation au titre du tarif B des Règles, le résultat de l’instance, l’importance et la complexité des questions en litige, les offres écrites de règlement et tout comportement ayant eu pour effet d’abrèger ou de prolonger inutilement la durée de l’instance. Sandoz s’est défendue avec succès contre l’allégation de contrefaçon de brevet avancée par Allergan dans l’action principale. Cependant, elle n’a pas eu gain de cause à l’égard de sa demande reconventionnelle fondée sur l’évidence ainsi que la pertinence de l’historique des poursuites du brevet ‘002. Le fait d’avoir soulevé ces questions puis échoué à les faire aboutir devrait être assorti de conséquences. Adjuger à Allergan des dépens à l’égard de ces questions, ou à tout le moins réduire ceux auxquels Sandoz aurait autrement droit, serait totalement conforme à l’objectif important de sanctionner

two issues on which it prevailed, or to reduce Sandoz's award to reflect Allergan's success on those issues. In the past, the practice of alleging many grounds of invalidity appears to have been ingrained in the drug patent bar. This has considerably increased the time and cost associated with drug patent disputes, and has consumed substantial scarce Court resources. This is an important part of the existing culture that has to change. The Court will not hesitate to use its discretion with respect to costs to support that change, when it considers it appropriate to do so.

Allergan was ordered to pay a lump sum amount to Sandoz, who ultimately prevailed in the main action. Among other things, the award for legal fees included an upward adjustment to reflect the fact that Sandoz made a *bona fide* written offer to settle that would have provided Allergan with a more favourable outcome than what it ultimately achieved by continuing on to trial. Given that Kissei completely prevailed in its defence, it was awarded reasonable costs and disbursements.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 400, 407, 420, Tariff B, column IV.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 53.1, 60(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(3), 6(1),(2), 8.

CASES CITED

CONSIDERED:

British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Air Canada v. Thibodeau*, 2007 FCA 115; *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2017 FCA 25; *Venngo Inc. v. Concierge Connection Inc. (Perkopolis)*, 2017 FCA 96, 146 C.P.R. (4th) 182, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 2 S.C.R. x, [2017] S.C.C.A. No. 302 (QL); *Seedlings Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada ULC*, 2020 FC 505, 172 C.P.R. (4th) 375; *Bauer Hockey Ltd. v. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 FC 862, 176 C.P.R. (4th) 245; *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 1175; *Canwell Enviro-Industries Ltd. v. Baker Petrolite Corp.*, 2002 FCA 482, 21 C.P.R. (4th) 349.

les comportements ayant pour effet de prolonger la durée et d'augmenter les coûts du litige. Cependant, la jurisprudence dominante ne permet pas d'accorder à Allergan des dépens en ce qui touche les deux questions sur lesquelles elle a prévalu, ou de réduire la somme adjugée à Sandoz pour tenir compte du succès d'Allergan à cet égard. Dans le passé, il semble que la pratique consistant à alléguer de nombreux motifs d'invalidité s'est enracinée dans le milieu des avocats spécialisés dans les brevets de médicaments. Cette pratique a eu pour effet d'augmenter considérablement le temps et les coûts engagés dans les litiges relatifs aux brevets de médicaments, et de mobiliser une part importante des ressources judiciaires déjà limitées. Il s'agit là d'un aspect notable de la mentalité présente qui doit changer. La Cour n'hésitera pas à user de son pouvoir discrétionnaire à l'égard des dépens pour appuyer ce changement, lorsqu'elle estimera approprié de le faire.

Il a été ordonné à Allergan de verser une somme globale à Sandoz, qui a en fin de compte prévalu dans l'action principale. Entre autres choses, les honoraires d'avocat ont été majorés pour tenir compte du fait que Sandoz avait fait, de bonne foi, une offre écrite de règlement, laquelle aurait fait bénéficier à Allergan d'un résultat plus favorable que ce qu'elle a obtenu en fin de compte en poursuivant le procès. Comme Kissei a complètement prévalu dans sa défense, elle s'est vue adjuger des dépens et des frais raisonnables.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 53.1, 60(1).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(3), 6(1),(2), 8.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles, 3, 400, 407, 420, tarif B, colonne IV.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Banque indienne Okanagan, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Air Canada c. Thibodeau*, 2007 CAF 115; *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2017 CAF 25; *Venngo Inc. c. Concierge Connection Inc. (Perkopolis)*, 2017 CAF 96, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 2 R.C.S. x, [2017] C.S.C.R. n° 302 (QL); *Seedlings Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada SRI*, 2020 CF 505; *Bauer Hockey Ltd. c. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 CF 862; *Teva Canada Limited c. Janssen Inc.*, 2018 CF 1175; *Canwell Enviro-Industries Ltd. c. Baker Petrolite Corp.*, 2002 CAF 482.

REFERRED TO:

Eli Lilly and Company v. Teva Canada Limited, 2011 FCA 220; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; *Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2015 FCA 9; *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, 2002 FCA 417, [2003] 2 F.C. 451; *Barzelex Inc. v. EBN Al Waleed (The)* (1999), 94 A.C.W.S. (3d) 434, [1999] F.C.J. No. 2002 (QL) (T.D.), affd 2001 FCA 111, (2001), 107 A.C.W.S. (3d) 353; *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FC 668, 85 C.P.R. (4th) 300; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2009 FC 1139, 183 A.C.W.S. (3d) 371, affd 2012 FCA 265; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis*, 2012 FC 318; *Dennis v. Canada*, 2017 FC 1011; *Bernard v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2020 FCA 211; *Novopharm Limited v. Eli Lilly and Company*, 2010 FC 1154; *Lainco Inc. v. Commission scolaire des Bois-Francis*, 2018 FC 186; *Loblaws Inc. v. Columbia Insurance Company*, 2019 FC 1434, 172 C.P.R. (4th) 327; *Raydan Manufacturing Ltd. v. Emmanuel Simard & Fils (1983) Inc.*, 2006 FCA 293, 53 C.P.R. (4th) 178; *Eurocopter v. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 FC 842, 415 F.T.R. 29, affd 2013 FCA 220, 449 N.R. 306; *Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Teva Canada Limited*, 2016 FC 991; *Fournier Pharma Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FC 1121; *GlaxoSmithKline Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2008 FC 849; *Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.*, 2003 FCA 358, 29 C.P.R. (4th) 417; *Betsler-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 FC 151; *Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.*, 2008 FC 817; *Mediatube Corp. v. Bell Canada*, 2017 FC 495; *Farmobile, LLC v. Farmers Edge Inc.*, 2018 FC 1269; *Canada (Attorney General) v. Chrétien*, 2011 FCA 53, 198 A.C.W.S. (3d) 296; *Betsler-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 FC 85, 182 C.P.R. (4th) 175; *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 418.

AUTHORS CITED

Federal Court. “Case and Trial Management Guidelines for Complex Proceedings and Proceedings under the *PM(NOC) Regulations*”, online: <www.fct-cf.gc.ca>.

REASONS for order concerning the costs claimed in relation to the patent infringement action filed by the plaintiff Allergan Inc. against the defendant Sandoz Canada Inc., as well as the latter’s counterclaim. A judgment with respect to that action and counterclaim was issued in December 2020 (2020 FC 1189). Plaintiff

DÉCISIONS CITÉES :

Eli Lilly and Company c. Teva Canada Limited, 2011 CAF 220; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; *Philip Morris Products S.A. c. Marlboro Canada Limitée*, 2015 CAF 9; *Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, 2002 CAF 417, [2003] 2 C.F. 451; *Barzelex Inc. c. EBN Al Waleed (Le)*, [1999] A.C.F. n° 2002 (QL) (1^{re} inst.), conf. par 2001 CAF 111; *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CF 668; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2009 CF 1139, conf. par 2012 CAF 265; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis*, 2012 CF 318; *Dennis c. Canada*, 2017 CF 1011; *Bernard c. Canada (Institut professionnel de la fonction publique)*, 2020 CAF 211; *Novopharm Limited c. Eli Lilly and Company*, 2010 CF 1154; *Lainco Inc. c. Commission scolaire des Bois-Francis*, 2018 CF 186; *Loblaws Inc. c. Columbia Insurance Company*, 2019 CF 1434; *Raydan Manufacturing Ltd. c. Emmanuel Simard & Fils (1983) Inc.*, 2006 CAF 293; *Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 CF 842, conf. par 2013 CAF 220; *Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Teva Canada Limitée*, 2016 CF 991; *Fournier Pharma Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CF 1121; *GlaxoSmithKline Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2008 CF 849; *Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie Ltée/Cobra Anchors Co.*, 2003 CAF 358; *Betsler-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 CF 151; *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientific Ltd.*, 2008 CF 817; *MediaTube Corp. c. Bell Canada*, 2017 CF 495; *Farmobile, LLC c. Farmers Edge Inc.*, 2018 CF 1269; *Canada (Procureur général) c. Chrétien*, 2011 CAF 53; *Betsler-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 CF 85; *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 418.

DOCTRINE CITÉE

Cour fédérale. « Lignes directrices sur la gestion des instances et des instructions pour les procédures complexes et les procédures visées par le *Règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)* », en ligne : <www.fct-cf.gc.ca>.

MOTIFS d’ordonnance concernant les dépens réclamés à l’égard de l’action en contrefaçon de brevet déposée par la demanderesse, Allergan Inc., contre la défenderesse, Sandoz Canada Inc., ainsi que la demande reconventionnelle introduite par cette dernière. Un jugement a été rendu en décembre 2020 (2020 CF 1189)

Allergan Inc. ordered to pay lump sum amount to defendant Sandoz Canada Inc.

relativement à l'action et à la demande reconventionnelle. Il a été ordonné à la demanderesse, Allergan Inc., de verser une somme globale à la défenderesse, Sandoz Canada Inc.

WRITTEN SUBMISSIONS BY:

David Tait, Steven Tanner, Sanjaya Mendis and Kendra Levasseur for plaintiff/defendant by counterclaim Allergan Inc.

Carol Hitchman, Meghan A. Dureen and Rae Daddon for defendant/plaintiff by counterclaim Sandoz Canada Inc.

J. Sheldon Hamilton for defendant/patent owner/defendant by counterclaim Kissei Pharmaceutical Co., Ltd.

OBSERVATIONS ÉCRITES

David Tait, Steven Tanner, Sanjaya Mendis et Kendra Levasseur pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle Allergan Inc.

Carol Hitchman, Meghan A. Dureen et Rae Daddon pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle Sandoz Canada Inc.

J. Sheldon Hamilton pour la défenderesse/propriétaire de brevet/défenderesse reconventionnelle Kissei Pharmaceutical Co., Ltd.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for plaintiff/defendant by counterclaim Allergan Inc.

Sprigings Intellectual Property Law, Toronto, for defendant/plaintiff by counterclaim Sandoz Canada Inc.

Smart & Biggar LLP, Toronto, for defendant/patent owner/defendant by counterclaim Kissei Pharmaceutical Co., Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle Allergan Inc.

Sprigings Intellectual Property Law, Toronto, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle Sandoz Canada Inc.

Smart & Biggar LLP, Toronto, pour la défenderesse/propriétaire de brevet/défenderesse reconventionnelle Kissei Pharmaceutical Co., Ltd.

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

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

[1] CRAMPTON J.: These reasons and the accompanying order concern the costs claimed in relation to the patent infringement action filed by the plaintiff Allergan Inc. (Allergan) against the defendant Sandoz Canada Inc. (Sandoz), as well as the latter's counterclaim in this proceeding.

[1] LE JUGE CRAMPTON : Les présents motifs et l'ordonnance y afférente concernent les dépens réclamés à l'égard de l'action en contrefaçon de brevet déposée par la demanderesse, Allergan Inc. (Allergan), contre la défenderesse, Sandoz Canada Inc. (Sandoz), ainsi que la demande reconventionnelle introduite par cette dernière dans la présente instance.

[2] For the reasons that follow, Allergan will be ordered to pay a lump sum amount of \$384,505.69 to Sandoz, who ultimately prevailed in the main action. The legal fees component of this award (\$272,000) represents approximately 45 percent of the fees incurred by Sandoz in connection with the issues in this proceeding, as ultimately narrowed. The other components are HST

[2] Pour les motifs qui suivent, il sera ordonné à Allergan de verser la somme globale de 384 505,69 \$ à Sandoz, qui a finalement eu gain de cause dans l'action principale. Les honoraires d'avocat compris dans cette somme (272 000 \$) représentent environ 45 p. 100 des honoraires engagés par Sandoz en lien avec les questions soulevées en l'espèce, telles qu'elles ont, en fin de

on those fees (\$35,360), plus Sandoz's reasonable disbursements (\$77,145.69). Among other things, the fee award amount includes an upward adjustment to reflect the fact that Sandoz made a *bona fide* written offer to settle that would have provided Allergan with a more favourable outcome than what it ultimately achieved by continuing on to trial.

[3] The defendant Kissei Pharmaceutical Co. Ltd. (Kissei) did not take any position in the main action. However, it filed a brief defence to Sandoz's counterclaim and incurred certain additional costs, primarily in relation to the discovery process. Given that Kissei completely prevailed in its defence, it will be awarded its reasonable costs of \$40,296.34. The fees component of this award (\$23,670) has been calculated in accordance with the upper end of column IV of Tariff B to the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules). The other component of this award is Kissei's reasonable disbursements of \$16,626.34.

I. Background

[4] Allergan is the exclusive licensee of Canadian Patent No. 2507002 (the '002 Patent). That patent pertains to the prescription drug RAPAFLO[®], which is indicated for the treatment of benign prostatic hyperplasia. Kissei is the owner of that patent.

[5] In 2018, Sandoz sought approval from Health Canada to market a generic alternative to RAPAFLO[®] in Canada (the Sandoz Product). Soon thereafter, it served Allergan with a notice of allegation, as contemplated by subsection 5(3) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the Regulations). Allergan then commenced an infringement action against Sandoz pursuant to subsection 6(1) of the Regulations. In its statement of claim, it named Kissei as a co-defendant. In response, Sandoz filed a statement of defence and counterclaim in which it denied that its product would infringe the '002 Patent and claimed

compte, été délimitées. Le restant de la somme correspond à la TVH sur les honoraires en question (35 360 \$), plus les débours raisonnables que Sandoz a engagés (77 145,69 \$). Entre autres choses, le montant des dépens accordés a été majoré pour tenir compte du fait que Sandoz avait fait, de bonne foi, une offre écrite de règlement, laquelle aurait fait bénéficier à Allergan d'un résultat plus favorable que ce qu'elle a obtenu en fin de compte en poursuivant le procès.

[3] La défenderesse Kissei Pharmaceutical Co. Ltd. (Kissei) n'a pas pris position dans l'action principale. Cependant, elle a déposé une défense succincte contre la demande reconventionnelle de Sandoz et a engagé certains frais supplémentaires, principalement en rapport avec le processus de communication préalable. Comme elle a eu complètement gain de cause dans sa défense, Kissei se verra adjuger à titre de dépens les frais raisonnables qu'elle a engagés, lesquels s'élèvent à 40 296,34 \$. Les honoraires compris dans cette somme (23 670 \$) ont été calculés suivant l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). Le restant de la somme correspond aux débours raisonnables engagés par Kissei, lesquels s'élèvent à 16 626,34 \$.

I. Le contexte

[4] Allergan est la titulaire exclusive d'une licence sur le brevet canadien n° 2507002 (le brevet '002). Ce brevet concerne le RAPAFLO[®], un médicament sur ordonnance indiqué dans le traitement de l'hyperplasie prostatique bénigne. Kissei est la titulaire du brevet.

[5] En 2018, Sandoz a demandé à Santé Canada l'autorisation de commercialiser au Canada une version générique de RAPAFLO[®] (le produit Sandoz). Peu après, elle a signifié à Allergan un avis d'allégation, comme le prévoit le paragraphe 5(3) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Allergan a alors intenté contre elle une action en contrefaçon, conformément au paragraphe 6(1) du Règlement, désignant Kissei comme codéfenderesse dans sa déclaration. En réponse, Sandoz a déposé une défense et demande reconventionnelle, dans laquelle elle niait que son produit contreferaient le brevet '002 et

that the patent is invalid on the grounds of obviousness, overbreadth and insufficiency. However, it ultimately narrowed its counterclaim to a single allegation of invalidity based on obviousness. Sandoz has confirmed that the costs it is now seeking do not include aspects of the counterclaim that were not ultimately pursued (including the claims based on overbreadth and insufficiency). Indeed, Sandoz has also excluded the costs associated with the preparation of the counterclaim itself.

[6] Allergan's statement of claim also alleged that the Sandoz Product would infringe at least one of the claims in a second patent, namely, Canadian Patent No. 2496780 (the '780 Patent). Once again, Sandoz claimed that its product would not infringe the patent and alleged that the patent is invalid on several grounds. Approximately one week before the trial in this matter, the parties discontinued their dispute with respect to this second patent on consent, and on a without cost basis. They have confirmed that they are not seeking costs incurred in respect of the '780 Patent, and I am satisfied that the approach they have respectively taken to the calculation of their costs represents a reasonable attempt to exclude those costs (including disbursements).¹

[7] In December 2020, I issued a judgment and reasons addressing the merits of Allergan's action and Sandoz's counterclaim: *Allergan Inc. v. Sandoz Canada Inc.*, 2020 FC 1189 (*Allergan*). There were three principal issues addressed. The first was whether the Sandoz Product will infringe the '002 Patent. (This issue essentially turned on claims construction.) The second was whether representations that were made during the patent application process on behalf of Kissei could be introduced as evidence in this proceeding, pursuant to section 53.1 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the

¹ Sandoz's approach in this regard is described in considerable detail at pages 3-13 of the affidavit of Marta Wysokinski, affirmed on January 27, 2021 (the Wysokinski affidavit). In essence, where it was readily apparent that work was performed solely in respect of the '780 Patent, the time recorded on the docket in question was excluded from Sandoz's calculations. Where Sandoz was unable to proceed in that fashion, it simply reduced various categories of its actual fees by 50 percent. It took a similar approach to disbursements. For its part, Allergan simply reduced certain items by 50 percent.

soutenait que celui-ci était invalide pour des motifs d'évidence, de portée excessive et d'insuffisance. Elle a toutefois fini par limiter la portée de sa demande reconventionnelle à une seule allégation d'invalidité fondée sur l'évidence. Sandoz a confirmé que les dépens qu'elle réclame à présent ne concernent pas les arguments de sa demande reconventionnelle auxquels a fini par renoncer (notamment les allégations fondées sur la portée excessive et l'insuffisance). En fait, elle a également exclu les dépens liés à la préparation de la demande reconventionnelle même.

[6] Dans sa déclaration, Allergan alléguait aussi que le produit Sandoz contreferait au moins l'une des revendications d'un second brevet, à savoir le brevet canadien n° 2496780 (le brevet '780). Encore une fois, Sandoz a affirmé que son produit ne contreferait pas le brevet en question et que celui-ci était invalide pour plusieurs motifs. Environ une semaine avant la tenue du procès dans la présente affaire, les parties ont mis fin sur consentement à leur différend concernant ce second brevet, et ce, sans dépens. Elles ont confirmé qu'elles ne sollicitaient pas les frais engagés à l'égard du brevet '780, et je suis convaincu qu'elles ont raisonnablement tenté, dans leurs calculs respectifs des dépens, d'exclure les frais en question (y compris les débours)¹.

[7] En décembre 2020, j'ai rendu un jugement et des motifs sur le fond concernant l'action d'Allergan et la demande reconventionnelle de Sandoz : *Allergan Inc. c. Sandoz Canada Inc.*, 2020 CF 1189 (*Allergan*). Trois questions principales ont été examinées. La première était de savoir si le produit de Sandoz contreviendrait au brevet '002. (Cette question reposait essentiellement sur l'interprétation des revendications.) La deuxième, si des observations présentées durant le processus de demande de brevet pour le compte de Kissei pouvaient être produites en preuve en l'espèce, aux

¹ L'approche de Sandoz à ce sujet est décrite de manière très détaillée aux pages 3 à 13 de l'affidavit de Marta Wysokinski, souscrit sous serment le 27 janvier 2021 (l'affidavit Wysokinski). Essentiellement, lorsqu'il était évident que des travaux concernaient uniquement le brevet '780, les heures inscrites au dossier en cause étaient exclues des calculs de Sandoz. Lorsque cette dernière ne pouvait procéder de cette manière, elle réduisait simplement de 50 p. 100 les diverses catégories d'honoraires réellement engagés, adoptant une approche analogue à l'égard des débours. Pour sa part, Allergan a simplement réduit certains montants de 50 p. 100.

Act). The third was whether the '002 Patent is invalid on the ground of obviousness.

[8] Ultimately, I found in favour of Sandoz on the first issue and in favour of Allergan on the second and third issues. I then invited Allergan and Sandoz to make submissions regarding costs. In this regard, I encouraged them to attempt to reach a settlement on this issue, failing which to identify a lump sum amount that reflected certain identified factors as well as any additional relevant factors, including those identified in rule 400 of the Rules and the jurisprudence. After becoming aware that Kissei had incurred material cost beyond simply filing a brief defence to Sandoz's counterclaim, I also granted Kissei leave to make submissions on costs.

II. Overview of the Parties' Submissions

A. *Sandoz*

[9] Sandoz submits that in light of the fact that it prevailed in the infringement action initiated by Allergan, it is entitled to its costs, without any offset to reflect the fact that it was unsuccessful with respect to two of the three principal issues in the proceeding. Given the complexity of the proceeding and the fact that Sandoz also made two offers to settle approximately two months prior to trial, it requests a lump sum award reflecting 50 percent of its assessable fees plus its reasonable disbursements and HST, for a total costs award of \$462,876.45.

[10] In the alternative, Sandoz requests a lump sum award of 30 percent of its assessable fees plus its above-mentioned disbursements and HST, for a total award of \$327,567.99.

[11] In the further alternative, Sandoz requests that costs be fixed at the high end of column IV of Tariff B, with double costs awarded from the date of offer until the date of my judgment on the merits, plus its reasonable disbursements and HST, for a total costs award of \$265,958.13.

termes de l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi). La troisième visait à déterminer si le brevet '002 était invalide pour cause d'évidence.

[8] En fin de compte, j'ai statué en faveur de Sandoz à l'égard de la première question et en faveur d'Allergan pour ce qui est des deuxième et troisième questions. Je les ai ensuite invitées toutes deux à présenter des observations concernant les dépens, en les encourageant à tenter de parvenir à un règlement sur cette question, à défaut de trouver une somme globale qui tienne compte de certains facteurs cernés ainsi que tout autre facteur pertinent, notamment ceux prévus à la règle 400 et dans la jurisprudence. Lorsque j'ai appris que Kissei avait engagé des frais importants allant au-delà du simple dépôt d'une défense succincte contre la demande reconventionnelle de Sandoz, je l'ai également autorisée à présenter des observations concernant les dépens.

II. Aperçu des observations des parties

A. *Sandoz*

[9] Sandoz soutient qu'elle a droit aux dépens qu'elle sollicite, étant donné qu'elle a remporté l'action en contrefaçon intentée par Allergan, et ajoute qu'aucune compensation ne doit être opérée du fait qu'elle n'a pas eu gain de cause sur deux des trois principales questions soulevées dans l'instance. Comme elle a également fait deux offres de règlement environ deux mois avant le procès et vu la complexité de la procédure, Sandoz sollicite une somme globale correspondant à 50 p. 100 de ses honoraires taxables, plus les débours raisonnables qu'elle a engagés et la TVH, pour un total de 462 876,45 \$.

[10] Subsidièrement, Sandoz réclame une somme globale correspondant à 30 p. 100 de ses honoraires taxables, plus la TVH et les débours susmentionnés, pour un total de 327 567,99 \$.

[11] Subsidièrement encore, elle demande à ce que les dépens soient fixés à l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B et sollicite le doublement des dépens adjugés de la date de l'offre jusqu'à celle de mon jugement sur le fond, plus les débours raisonnables qu'elle a engagés et la TVH, pour un total de 265 958,13 \$.

B. Allergan

[12] Allergan submits that it should be awarded costs for having completely prevailed in relation to Sandoz's counterclaim. However, it seeks only to use that success as a set off against any costs payable to Sandoz. It maintains that such a set off is also warranted by the fact that it prevailed in relation to the issue Sandoz raised with respect to the prosecution history of the '002 Patent. As discussed above, this was one of the three principal issues in dispute in this proceeding.

[13] The specific set off sought by Allergan is \$201,277.73, which is the sum of its bill of costs for costs incurred in relation to Sandoz's counterclaim, calculated by reference to the upper end of column IV of Tariff B.

[14] In the alternative, Allergan submits that any cost award granted to Sandoz should be discounted by two thirds of what Sandoz has claimed, to reflect that Allergan prevailed in respect of two of the three principal issues in dispute. Allergan maintains that such a reduction is particularly appropriate given that this case was ultimately narrowed to three principal issues involving a single patent, and Sandoz narrowed its invalidity case to obviousness and one prior art document late in the day.

[15] More specifically, Allergan maintains that a lump sum award to Sandoz based on a percentage of actual legal fees would not be appropriate, essentially because Allergan prevailed with respect to two of the three main issues in dispute between the parties. Instead, Allergan insists that any cost award in favour of Sandoz should be calculated by reference to the high end of column IV of Tariff B, and then discounted by two thirds.

[16] Regarding expert fees, Allergan submits that Dr. Felton's fees should be fully assessable, essentially because the bulk of her time was spent addressing Sandoz's invalidity claims. Allergan adds that

B. Allergan

[12] Allergan soutient que les dépens devraient lui être adjugés, étant donné qu'elle a totalement eu gain de cause à l'égard de la demande reconventionnelle de Sandoz. Cependant, elle n'invoque cette victoire qu'à titre de compensation à l'encontre des dépens payables à Sandoz et maintient que cette compensation est également justifiée par le fait qu'elle a eu gain de cause à l'égard de la question que Sandoz a soulevée concernant l'historique des poursuites du brevet '002. Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agissait de l'une des trois principales questions en litige dans la présente affaire.

[13] La compensation précise sollicitée par Allergan s'élève à 201 277,73 \$, ce qui correspond aux dépens, figurant dans son mémoire, engagés à l'égard de la demande reconventionnelle de Sandoz, et calculés suivant l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B.

[14] Subsidiairement, Allergan soutient que les dépens adjugés à Sandoz devraient faire l'objet d'une déduction correspondant aux deux tiers de la somme réclamée, afin de tenir compte de la victoire d'Allergan sur deux des trois principales questions en litige. Elle maintient qu'une telle réduction est particulièrement appropriée, étant donné que la portée de la présente affaire a en fin de compte été limitée à trois questions principales concernant un seul brevet, et Sandoz a restreint tardivement ses arguments touchant à l'invalidité au motif de l'évidence et à un document d'antériorité.

[15] Plus précisément, Allergan maintient qu'il serait inapproprié d'accorder à Sandoz une somme globale basée sur un pourcentage des honoraires d'avocat réellement engagés, essentiellement parce qu'Allergan a eu gain de cause à l'égard de deux des trois principales questions en litige entre les parties. Allergan affirme plutôt avec insistance que les dépens adjugés à Sandoz devraient être calculés selon l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B, puis réduits des deux tiers.

[16] Quant aux frais d'expert, Allergan soutient que les frais de M^{me} Felton devraient être totalement taxables, essentiellement parce qu'elle a passé l'essentiel de son temps sur les allégations d'invalidité avancées par

Ms. Wilson’s fees should be assessed at 50 percent, because the Court found her evidence regarding the legislative history of section 53.1 to be “straightforward and helpful”. Allegan further maintains that the fees of Dr. Stewart should not be assessable, and that Dr. Fassihi’s fees should be substantially reduced, as further discussed in part III.B.(7) of these reasons.

C. *Kissei*

[17] *Kissei* was required to be added to Allergan’s action pursuant to subsection 6(2) of the Regulations. However, it took no position in that action and did not participate in the trial. It simply filed a defence to Sandoz’s counterclaim for declarations of invalidity of the ‘780 Patent and the ‘002 Patent. It also incurred some additional costs, primarily in respect of the examinations of one of its representatives and one of the inventors of the ‘002 Patent. Given that Sandoz’s Counterclaim was not successful, *Kissei* seeks its costs taxable at the upper end of column IV of Tariff B (\$23,670) together with “reasonable disbursements comprising business class airfare, accommodations and meals, translation services (if any) and transcript costs”. It has represented that none of those costs or disbursements pertain to the ‘780 Patent.²

[18] In the alternative, if it does not succeed in obtaining a cost award, *Kissei* maintains that no costs should be assessed against it, either in the main action or the counterclaim, because it was successful on the issues in which it engaged.

III. Assessment

A. *General Principles*

[19] The principal objectives underlying an award of costs are to (i) provide indemnification for costs

² In this regard, it has reduced by 50 percent the costs incurred in respect of the examinations for discovery. I am satisfied that this represents a reasonable approach to excluding costs incurred in respect of the ‘780 Patent.

Sandoz. Allergan ajoute que les honoraires de M^e Wilson devraient être taxés à 50 p. 100, car la Cour a conclu que sa preuve concernant l’historique législatif de l’article 53.1 était « simple et utile ». Allergan maintient en outre que les frais de M. Stewart ne devraient pas être taxables et que ceux de M. Fassihi devraient être substantiellement réduits, comme nous l’aborderons plus en détail dans la partie III.B.(7) des présents motifs.

C. *Kissei*

[17] *Kissei* a dû être constituée partie à l’action d’Allergan, en application du paragraphe 6(2) du Règlement. Cependant, elle n’a pris aucune position dans cette action et n’a pas participé au procès, déposant simplement une défense contre la demande reconventionnelle de Sandoz, au regard des déclarations d’invalidité du brevet ‘780 et du brevet ‘002. Elle a également engagé des frais additionnels, principalement pour l’interrogatoire de l’un de ses représentants et de l’un des inventeurs du brevet ‘002. Comme la demande reconventionnelle de Sandoz n’a pas abouti, *Kissei* demande à ce que ses dépens soient taxés suivant l’échelon supérieur de la colonne IV du tarif B (23 670 \$), et réclame aussi [TRADUCTION] « les débours raisonnables comprenant des billets d’avion en classe affaires, des frais d’hébergement et de repas, des services de traduction (le cas échéant) et des frais de transcription ». Elle fait valoir qu’aucun de ces frais ou débours ne se rapporte au brevet ‘780².

[18] Subsidiairement, si elle ne réussit pas à se faire adjuger les dépens, *Kissei* maintient qu’aucuns dépens ne devraient être adjugés contre elle, que ce soit dans l’action principale ou dans la demande reconventionnelle, parce qu’elle a eu gain de cause sur les questions à l’égard desquelles elle a présenté des arguments.

III. La taxation des dépens

A. *Les principes généraux*

[19] Les principaux objectifs sous-tendant l’adjudication des dépens sont les suivants : (i) fournir une

² Sur ce point, elle a réduit de 50 p. 100 les frais engagés pour les interrogatoires préalables. Je suis convaincu qu’il s’agit là d’une approche raisonnable aux fins de l’exclusion des frais engagés à l’égard du brevet ‘780.

associated with successfully pursuing a valid legal right or defending an unfounded claim, (ii) penalize a party who has refused a reasonable settlement offer, and (iii) sanction behaviour that increases the duration and expense of litigation, or is otherwise unreasonable or vexatious: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371 (*Okanagan Indian Band*), at paragraph 25; *Air Canada v. Thibodeau*, 2007 FCA 115 (*Thibodeau*), at paragraph 24. In certain types of “special cases”, an award of costs can also facilitate access to justice: *Okanagan Indian Band*, above, at paragraph 27.

[20] By virtue of being “a tool in the furtherance of the efficient and orderly administration of justice”, the power of courts to order cost awards can provide an important “disincentive to those who might be tempted to harass others with meritless claims”: *Okanagan Indian Band*, above, at paragraphs 25–26.

[21] The Court has broad discretion over the amount and allocation of costs: subsection 400(1) [of the Rules]; *Eli Lilly and Company v. Teva Canada Limited*, 2011 FCA 220 (*Eli Lilly v. Teva*), at paragraph 55; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38, at paragraphs 47 and 49. However, that discretion must be exercised in accordance with established principles pertaining to costs, unless the circumstances justify a different approach: *Okanagan Indian Band*, above, at paragraph 22; *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2017 FCA 25 (*Nova v. Dow*), at paragraph 19.

[22] In this Court, costs may be fixed by reference to Tariff B of the Rules or by way of a lump sum: Rules, subsection 400(4). In recent years, the granting of a lump sum award has become increasingly common: *Nova v. Dow*, above, at paragraph 11; *Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2015 FCA 9, at paragraph 4. This trend is in part attributable to the Court’s desire to reduce the significant time and effort typically

indemnisation pour les frais engagés pour faire reconnaître un droit valide ou pour se défendre contre une action infondée; (ii) pénaliser une partie qui a refusé une offre raisonnable de règlement; (iii) sanctionner les comportements qui prolongent la durée du litige et en augmentent les coûts, ou qui sont par ailleurs déraisonnables ou vexatoires : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Banque indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371 (*Bande indienne Okanagan*), au paragraphe 25; *Air Canada c. Thibodeau*, 2007 CAF 115 (*Thibodeau*), au paragraphe 24. Dans certains types de « cas spéciaux », l’attribution des dépens peut également faciliter l’accès à la justice : *Bande indienne Okanagan*, précité, au paragraphe 27.

[20] En étant un « instrument destiné à favoriser l’administration efficace et ordonnée de la justice », le pouvoir des tribunaux d’adjuger les dépens peut servir d’important « moyen dissuasif sur ceux qui pourraient être tentés d’en harceler d’autres par des demandes non fondées » : *Bande indienne Okanagan*, précité, aux paragraphes 25–26.

[21] La Cour jouit d’un large pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens et de les répartir : paragraphe 400(1) des Règles; *Eli Lilly and Company c. Teva Canada Limited*, 2011 CAF 220 (*Eli Lilly c. Teva*), au paragraphe 55; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38, aux paragraphes 47 et 49. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux principes établis en matière de dépens, à moins que les circonstances ne justifient une approche différente : *Bande indienne Okanagan*, précité, au paragraphe 22; *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2017 CAF 25 (*Nova c. Dow*), au paragraphe 19.

[22] Devant notre Cour, les dépens peuvent être fixés suivant le tarif B des Règles ou au moyen d’une somme globale : paragraphe 400(4) des Règles. Au cours des dernières années, il est devenu de plus en plus courant d’adjuger une somme globale : *Nova c. Dow*, précité, au paragraphe 11; *Philip Morris Products S.A. c. Marlboro Canada Limitée*, 2015 CAF 9, au paragraphe 4. Cette tendance s’explique en partie par le désir de la Cour

associated with preparing and reviewing the type of detailed bill of costs that is required for the purposes of an assessment under Tariff B: *Conorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, 2002 FCA 417, [2003] 2 F.C. 451 (*Conorzio*), at paragraph 12; *Venngo Inc. v. Concierge Connection Inc. (Perkopolis)*, 2017 FCA 96, 146 C.P.R. (4th) 182 (*Venngo*), at paragraphs 85–86, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 2 S.C.R. x, [2017] S.C.C.A. No. 302 (QL). Given that submissions in support of a lump sum award can significantly decrease such time and effort for parties as well as the Court (if they are accepted), they facilitate access to justice. This is particularly so where such submissions reduce the legal costs that would otherwise be incurred in the preparation of the more detailed type of bill of costs that is required when costs are assessed pursuant to Tariff B. Nevertheless, a lump sum award of costs may not be appropriate in all cases: *Conorzio*, above.

[23] To the extent that a lump sum award can be expected to achieve the benefits mentioned above, it will further the objective of securing “the just, most expeditious and least expensive determination” of proceedings (*Nova v. Dow*, above, at paragraph 11, citing rule 3) and should be favoured: *Barzelex Inc. v. EBN Al Waleed (The)* (1999), 94 A.C.W.S. (3d) 434, [1999] F.C.J. No. 2002 (QL) (T.D.), at paragraph 11, affd 2001 FCA 111, (2001), 107 A.C.W.S. (3d) 353; *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FC 668, 85 C.P.R. (4th) 300, at paragraph 57.

[24] Regardless of whether parties favour a lump sum award or an amount fixed in accordance with Tariff B, counsel are encouraged to be prepared to address costs, ideally on consent, at the conclusion of the proceeding or shortly thereafter: *Conorzio*, above.

[25] The “default” level of costs in this Court is the midpoint of column III in Tariff B: rule 407; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2009 FC 1139, 183 A.C.W.S. (3d) 371 (*Sanofi-Novopharm FC*), at paragraph 4, affd 2012 FCA 265; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis*, 2012 FC 318 (*Apotex v. Sanofi-Aventis*), at paragraph 5; *Dennis v. Canada*, 2017 FC 1011, at paragraph 8; *Bernard*

de réduire le temps et les efforts importants généralement requis par la préparation et l’examen du type de mémoire de dépens détaillé nécessaire aux fins d’une taxation au titre du tarif B : *Conorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, 2002 CAF 417, [2003] 2 C.F. 451 (*Conorzio*), au paragraphe 12; *Venngo Inc. c. Concierge Connection Inc. (Perkopolis)*, 2017 CAF 96 (*Venngo*), aux paragraphes 85–86, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 2 R.C.S. x, [2017] C.S.C.R. n° 302 (QL). Comme les observations à l’appui de l’attribution d’une somme globale peuvent sensiblement réduire ce temps et ces efforts pour les parties comme pour la Cour (si elles sont acceptées), elles facilitent l’accès à la justice. Ceci est particulièrement le cas lorsqu’elles entraînent une réduction des frais juridiques qui seraient autrement engagés pour préparer le type plus détaillé de mémoire de dépens requis lorsque les dépens sont taxés selon le tarif B. Néanmoins, l’attribution des dépens sous la forme d’une somme globale pourrait ne pas convenir dans tous les cas : *Conorzio*, précité.

[23] Dans la mesure où l’on peut s’attendre à ce que l’adjudication d’une somme globale procure les avantages susmentionnés, elle facilitera davantage l’objectif consistant à apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » (*Nova c. Dow*, précité, au paragraphe 11, citant la règle 3) et devrait être favorisée : *Barzelex Inc. c. EBN Al Waleed (Le)*, [1999] A.C.F. n° 2002 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 11, conf. par 2001 CAF 111; *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CF 668, au paragraphe 57.

[24] Sans égard à la question de savoir si les parties sont favorables à l’attribution d’une somme globale ou d’un montant fixé conformément au tarif B, les avocats sont encouragés à se préparer à aborder la question des dépens, idéalement sur consentement, au terme de l’instance ou peu après : *Conorzio*, précité.

[25] Le niveau « par défaut » des dépens devant notre Cour se situe au milieu de la colonne III du tarif B : règle 407; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2009 CF 1139 (*Sanofi-Novopharm CF*), au paragraphe 4, conf. par 2012 CAF 265; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis*, 2012 CF 318 (*Apotex c. Sanofi-Aventis*), au paragraphe 5; *Dennis c. Canada*, 2017 CF 1011, au paragraphe 8;

v. *Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2020 FCA 211, at paragraph 38. Column III is intended to provide partial indemnification (as opposed to substantial or full indemnification) for “cases of average or usual complexity”: *Thibodeau*, above, at paragraph 21; *Novopharm Limited v. Eli Lilly and Company*, 2010 FC 1154 (*Novopharm v. Eli Lilly*), at paragraph 5.

[26] In recognition of the particular attributes of intellectual property proceedings, it is common for increased costs to be awarded in those proceedings: see, e.g., *Conorzio*, above, at paragraph 6; *Lainco Inc. v. Commission scolaire des Bois-Francs*, 2018 FC 186, at paragraph 8(c). Those particular attributes include greater than average complexity, sophisticated parties, legal bills far in excess of what is contemplated by column III of Tariff B, and “giving parties an incentive to litigate efficiently”: *Seedlings Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada ULC*, 2020 FC 505, 172 C.P.R. (4th) 375 (*Seedlings*), at paragraph 4. For cases that involve drug patent disputes and a cost award fixed by reference to the Tariff, the high end of column IV is often considered to be reasonable and appropriate: *Sanofi-Novopharm FC*, above, at paragraph 13, affd 2012 FCA 265; *Novopharm v. Eli Lilly*, above, at paragraph 7; *Apotex v. Sanofi-Aventis*, above. See also Federal Court of Appeal and Federal Court Rules Committee, *Review of the Rules on Costs: Discussion Paper*, October 5, 2015, at page 8.

[27] For essentially the same reasons identified immediately above, it is also increasingly common in intellectual property cases to award a significant lump sum amount “well in excess of the Tariff”: *Venngo*, above, at paragraph 85; *Bauer Hockey Ltd. v. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 FC 862, 176 C.P.R. (4th) 245 (*Bauer*), at paragraph 12. In this regard, a lump sum award in the range of 25–50 percent of actual fees, plus reasonable disbursements, is often made: *Nova v. Dow*, above, at paragraphs 17 and 21; *Seedlings*, above, at paragraph 6; *Bauer*, above, at paragraph 13. See also *Loblaws Inc. v. Columbia Insurance Company*, 2019 FC 1434, 172 C.P.R. (4th) 327, at paragraph 15. In approaching this assessment, it should

Bernard c. Canada (Institut professionnel de la fonction publique), 2020 CAF 211, au paragraphe 38. La colonne III vise à fournir une indemnisation partielle (par opposition à une indemnisation substantielle ou complète) dans les « cas d’une complexité moyenne ou habituelle » : *Thibodeau*, précité, au paragraphe 21; *Novopharm Limited c. Eli Lilly and Company*, 2010 CF 1154 (*Novopharm c. Eli Lilly*), au paragraphe 5.

[26] Des dépens plus importants sont couramment adjugés dans les instances de propriété intellectuelle, compte tenu de leurs caractéristiques particulières : voir par exemple l’arrêt *Conorzio*, précité, au paragraphe 6; *Lainco Inc. c. Commission scolaire des Bois-Francs*, 2018 CF 186, au paragraphe 8c). Ces caractéristiques, qui comprennent notamment une complexité supérieure à la moyenne, des parties averties, des notes d’honoraires d’avocat qui dépassent largement ce qui est prévu par la colonne III du tarif B, « incit[ent] les parties à prendre des décisions efficaces dans la conduite de l’instance judiciaire » : *Seedlings Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada SRI*, 2020 CF 505 (*Seedlings*), au paragraphe 4. Dans les litiges portant sur des brevets de médicaments et où les dépens adjugés sont fixés en se référant au tarif, l’échelon supérieur de la colonne IV est souvent jugé raisonnable et approprié : *Sanofi-Novopharm CF*, précitée, au paragraphe 13, conf. par 2012 CAF 265; *Novopharm c. Eli Lilly*, précitée, au paragraphe 7; *Apotex c. Sanofi-Aventis*, précitée. Voir également le document du Comité des Règles de la Cour d’appel fédérale et de la Cour fédérale, intitulé *Examen des règles relatives aux dépens : Document de travail*, le 5 octobre 2015, à la page 8.

[27] Pour essentiellement les mêmes raisons que celles que nous venons d’évoquer, il est également de plus en plus courant dans les affaires de propriété intellectuelle d’adjuger une somme globale importante « dépassant largement le Tarif » : *Venngo*, précité, au paragraphe 85; *Bauer Hockey Ltd. c. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 CF 862 (*Bauer*), au paragraphe 12. À cet égard, une somme globale qui se situe entre 25 et 50 p. 100 des frais réels, plus les débours raisonnables, est souvent accordée : *Nova c. Dow*, précité, aux paragraphes 17 et 21; *Seedlings*, précitée, au paragraphe 6; *Bauer*, précitée, au paragraphe 13. Voir également *Loblaws Inc. c. Columbia Insurance Company*, 2019 CF 1434, au paragraphe 15.

be kept in mind that determining the level of a lump sum award “is not an exact science”: *Nova v. Dow*, above, at paragraph 21.

[28] In recognition of the fact that Tariff B no longer provides an adequate level of partial indemnification, the Federal Courts Rules Committee decided in 2016 that the amount recoverable under Tariff B should be increased by approximately 25 percent: Minutes of the October 28, 2016, Meeting of the Rules Committee. Following a further consultation with the bar, a sub-committee of the Rules Committee is preparing proposed amendments for publication in Part I of the *Canada Gazette* and approval of the Governor in Council. In the meantime, it is relevant to bear in mind that the existing tariff “is considered particularly inadequate in Intellectual Property litigation [and in] maritime proceedings”: Report from the Federal Court of Appeal and Federal Court Rules sub-Committee on Costs (June 3, 2016), at section D.

[29] The principal factors the Court may consider in its determination of a cost award are set forth in a non-exhaustive list in subsection 400(3) [of the Rules], which is reproduced in Appendix 1 below.

[30] The general rule is that the successful party is entitled to have its costs, even if it was not successful in respect of each and every argument it pursued: *Okanagan Indian Band*, above, at paragraphs 20–21; *Raydan Manufacturing Ltd. v. Emmanuel Simard & Fils (1983), Inc.*, 2006 FCA 293, 53 C.P.R. (4th) 178 (*Raydan*), at paragraphs 2–5. However, the Court may depart from this approach in cases of truly “divided success” or “mixed results”: *Eurocopter v. Bell Helicopter Textron Canada Ltée*, 2012 FC 842 (*Eurocopter FC*), at paragraphs 23 and 56, affd 2013 FCA 220, at paragraphs 10 and 15; *Sanofi-Novopharm FC*, above, at paragraphs 8–9; *Apotex v. Sanofi-Aventis*, above, at paragraph 11; *Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Teva Canada Limited*, 2016 FC 991, at paragraphs 9–14.

[31] The jurisprudence is split on the issue of whether the successful defence of a patent infringement action,

Pour en venir à la taxation en l’espèce, il faut garder à l’esprit que la détermination de l’ordre de grandeur de la somme globale « n’est pas une science exacte » : *Nova c. Dow*, précité, au paragraphe 21.

[28] Comme le tarif B ne garantit plus un ordre de grandeur adéquat d’indemnisation partielle, le Comité des règles des Cours fédérales a décidé en 2016 que le montant recouvrable au titre de ce tarif devait être augmenté d’environ 25 p. 100 : Compte rendu de la réunion du 28 octobre 2016 du Comité des règles. À la suite d’une consultation supplémentaire avec le Barreau, un sous-comité du Comité des règles prépare des propositions de modifications en vue de leur publication dans la partie I de la *Gazette du Canada* et de leur approbation par le gouverneur en conseil. Entre-temps, il est pertinent de garder à l’esprit que le tarif existant « est jugé particulièrement inadéquat dans les litiges sur la propriété intellectuelle, mais aussi dans les procédures en droit maritime » : Rapport du Sous-comité des règles de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale sur les dépens (3 juin 2016), à la section D.

[29] Les principaux facteurs dont la Cour peut tenir compte dans son calcul des dépens à adjuger sont énoncés dans une liste non exhaustive au paragraphe 400(3) des Règles, reproduit ci-après dans l’annexe 1.

[30] La règle générale veut que la partie victorieuse ait droit aux dépens, même si elle n’a pas eu gain de cause sur chacun des arguments qu’elle a avancés : *Bande indienne Okanagan*, précité, aux paragraphes 20–21; *Raydan Manufacturing Ltd. c. Emmanuel Simard & Fils (1983) Inc.*, 2006 CAF 293 (*Raydan*), aux paragraphes 2–5. Cependant, la Cour peut diverger de cette approche dans les cas réels de « succès partagé » ou de « succès partiels » : *Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 CF 842 (*Eurocopter CF*), aux paragraphes 23 et 56, conf. par 2013 CAF 220, aux paragraphes 10 et 15; *Sanofi-Novopharm CF*, précitée, aux paragraphes 8–9; *Apotex c. Sanofi-Aventis*, précitée, au paragraphe 11; *Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Teva Canada Limitée*, 2016 CF 991, aux paragraphes 9–14.

[31] La jurisprudence est divisée quant à la question de savoir si la défense victorieuse dans une action en

or success with respect to only some grounds of invalidity, constitutes “divided success” when the defendant in the main action is not successful with respect to one or more other allegations of invalidity. In one line of cases, the cost award in favour of the defendant who prevailed on the infringement issue was reduced to reflect the fact that it did not succeed with respect to some or all of its allegations of invalidity: see e.g., *Fournier Pharma Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FC 1121, at paragraphs 4–6; *GlaxoSmithKline Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2008 FC 849, at paragraph 4. In a second line of cases, it has been explicitly held that this type of outcome does not constitute “divided success” or “mixed results” and that therefore the defendant is entitled to its costs: *Raydan*, above; *Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.*, 2003 FCA 358, 29 C.P.R. (4th) 417, at paragraphs 10–11; *Betser-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 FC 151 (*Betser-Zilevitch 2*), at paragraph 11; *Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.*, 2008 FC 817, at paragraph 4. This is so regardless of whether the defendant’s allegations of invalidity were made in a defence to the main action or in a separate counterclaim: *Raydan*, above, at paragraphs 6–7; *Eurocopter FC*, above, at paragraph 11. Notwithstanding my sympathy for the approach taken in the first line of cases, I consider myself bound by this second line of cases.

[32] With this in mind, I further consider that where a defendant in the main action prevails with respect to either the plaintiff’s allegation of infringement or one or more of its allegations of invalidity, an assessment of an appropriate lump sum award should begin at the mid-point of the 25–50 percent range discussed at paragraph 27 above, plus reasonable disbursements. This would be subject to any adjustment to reflect factors that may support a departure from this level of award in such a case.

[33] I recognize that this Court has recently suggested that the proper method for determining a lump sum award based on a percentage of fees is to start at the lower end of the 25–50 percent range: *Seedlings*, above, at paragraph 22; *Bauer*, above, at paragraph 14.

contrefaçon de brevet, ou un succès à l’égard de certains motifs d’invalidité seulement, constitue un « succès partagé » lorsque le défendeur dans l’action principale ne parvient pas à faire aboutir au moins une autre allégation d’invalidité. Dans certaines décisions, les montants adjugés au défendeur ayant eu gain de cause sur la question de la contrefaçon ont été réduits pour tenir compte du fait qu’il n’avait pas réussi à imposer certaines ou l’ensemble de ses allégations d’invalidité : voir, par exemple, *Fournier Pharma Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CF 1121, aux paragraphes 4–6; *GlaxoSmithKline Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2008 CF 849, au paragraphe 4. Un autre courant jurisprudentiel a explicitement jugé que ce type de résultats ne constituait pas un « succès partagé » ni des « succès partiels » et, donc, que le défendeur a droit aux dépens : *Raydan*, précité; *Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie Ltée/Cobra Anchors Co.*, 2003 CAF 358, aux paragraphes 10–11; *Betser-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 CF 151 (*Betser-Zilevitch 2*), au paragraphe 11; *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientific Ltd.*, 2008 CF 817, au paragraphe 4. Il en est ainsi, que les allégations d’invalidité du défendeur aient été formulées dans le cadre d’une défense à l’action principale ou d’une demande reconventionnelle distincte : *Raydan*, précité, aux paragraphes 6–7; *Eurocopter CF*, précitée, au paragraphe 11. Nonobstant la sympathie que m’inspire l’approche adoptée par le premier courant jurisprudentiel, je me sens lié par le second.

[32] En gardant cela à l’esprit, je considère en outre que, lorsqu’un défendeur dans l’action principale a gain de cause à l’égard de l’allégation de contrefaçon du demandeur, ou d’au moins une de ses allégations d’invalidité, la taxation d’une somme globale appropriée devrait débiter au milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100 évoquée au paragraphe 27 ci-dessus, plus les débours raisonnables. Ce montant serait ajusté pour tenir compte de facteurs pouvant justifier de s’écarter de ce niveau d’indemnisation dans une telle affaire.

[33] Je reconnais que notre Cour a récemment laissé entendre que la bonne méthode pour calculer une somme globale basée sur un pourcentage des honoraires consiste à débiter à l’extrémité inférieure de la fourchette de 25 à 50 p. 100 : *Seedlings*, précitée, au paragraphe 22; *Bauer*,

However, in *Seedlings*, this was because neither party had demonstrated that a greater or lesser award was justified (*Seedlings*, above, at paragraph 24), and in *Bauer* the Court adopted the 25 percent starting threshold “[i]n the interests of consistency and predictability”: *Bauer*, above, at paragraph 14.

[34] In my view, there are very good reasons for beginning with the mid-point of the 25–50 percent range in complex drug patent proceedings under the Regulations. In particular, the Court is still in the process of effecting a change in the litigation culture in the area of drug patent disputes. For many years, trials of such disputes have typically taken several weeks and pre-trial processes have been complicated, lengthy and costly. This contrasts with the experience elsewhere, such as in the U.K., where trials apparently are ordinarily of much shorter duration. Given that the shift from paper-based applications to full trials under the new Regulations was not accompanied by a lengthening of the 24-months statutory stay period, the Court adopted a standard of 10 days as the new default duration for drug patent trials, unless the Court determines that additional time is required: “Case and Trial Management Guidelines for Complex Proceedings and Proceedings under the *PM(NOC) Regulations*”, at paragraph 37 (available on the Federal Court website <www.fct-cf.gc.ca>). This policy was adopted after considerable consultation with representatives of the drug patent bar.

[35] Adopting the mid-point of the 25–50 percent range as the starting point for determining a lump sum cost award to the prevailing party in this type of proceeding would provide a better incentive than the lower end of this range for parties to conduct their litigation in a manner that permits the Court to achieve its objective of shorter trials in the drug patent area. This is particularly so given that legal costs tend to be very small compared to what is at stake in these types of proceedings. This has been repeatedly drawn to the Court’s attention

précitée, au paragraphe 14. Cependant, dans la décision *Seedlings*, cette démarche a été adoptée en raison du fait qu’aucune des parties n’avait démontré que l’adjudication d’un montant plus ou moins élevé était justifiée (*Seedlings*, précitée, au paragraphe 24); dans la décision *Bauer*, la Cour a établi le taux de base à 25 p. 100 « [p]ar souci de cohérence et de prévisibilité » : *Bauer*, précitée, au paragraphe 14.

[34] À mon avis, de très bonnes raisons justifient de commencer au milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100 dans les instances complexes de brevets de médicaments au titre du Règlement. En particulier, la Cour s’efforce encore de changer la culture du contentieux dans le domaine des litiges en matière de brevet. Pendant de nombreuses années, les procès dans ces affaires prenaient généralement plusieurs semaines, et les processus préalables au procès étaient compliqués, longs et coûteux. Cela tranche avec l’expérience d’autres pays, comme le Royaume-Uni, où les procès sont apparemment d’ordinaire beaucoup plus courts. Comme le passage des demandes papier à des procès complets au titre du nouveau règlement n’a pas donné lieu à une prolongation de la période de sursis de 24 mois prévue par la loi, la Cour a adopté une nouvelle durée par défaut de dix jours pour les procès en matière de brevet de médicaments, à moins qu’elle ne détermine qu’un délai supplémentaire est nécessaire : « Lignes directrices sur la gestion des instances et des instructions pour les procédures complexes et les procédures visées par le *Règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)* », au paragraphe 42 (disponible sur le site Web de la Cour fédérale <www.fct-cf.gc.ca>). Cette politique a été adoptée après de très nombreuses consultations avec des représentants des avocats spécialisés en brevets de médicaments.

[35] L’adoption du milieu, plutôt que de l’extrémité inférieure, de la fourchette de 25 à 50 p. 100 comme point de départ pour calculer la somme globale adjugée à la partie ayant gain de cause dans ce type de procédure inciterait davantage les parties à mener leur litige d’une manière qui permette à la Cour d’atteindre son objectif de raccourcir les procès liés aux brevets de médicaments. Cela est d’autant plus vrai que les frais juridiques tendent à être très modestes par rapport à ce qui est en jeu dans ce type de procédures. Les représentants des

by representatives of the intellectual bar over the course of the last several years, in support of their efforts to persuade the Court to increase its cost awards in complex IP litigation. Moreover, the parties to such disputes generally are very sophisticated commercial litigants who can be assumed to calibrate the strategic decisions made over the course of the proceeding with a keen eye on the economic consequences of those decisions.

[36] In addition to the foregoing general principles applicable to legal fees, disbursements are typically assessed in full, provided they are reasonable: *Mediatube Corp. v. Bell Canada*, 2017 FC 495, at paragraph 21.

B. *Analysis of the relevant factors in this case*

[37] I have considered all of the circumstances of this proceeding, including the various submissions made by each of the parties with respect to costs, in determining the appropriate cost award to issue in this case. Below is my assessment of the factors addressed in the parties' respective submissions.

(1) Lump sum versus assessment pursuant to Tariff B

[38] In my view, it is reasonable and appropriate in this case to award costs on a lump sum basis, calculated as a percentage of the prevailing party's legal fees. This was a complex drug patent proceeding, the parties are sophisticated litigants, their legal fees were substantially above the amounts contemplated by Tariff B, and the parties "are in a position to respond to the incentives provided by an elevated award of costs": *Bauer*, above, at paragraph 22.

[39] For the reasons discussed at paragraphs 34–35 above, I consider that the appropriate starting point in determining a lump sum award in this case is the middle of the 25–50 percent range that is typically used when

avocats spécialisés en droit de la propriété intellectuelle ont plusieurs fois porté cette question à l'attention de la Cour au cours des dernières années, alors qu'ils tentaient de la convaincre d'augmenter le montant des dépens adjugés dans les litiges complexes en matière de propriété intellectuelle. De plus, les parties à ces litiges sont généralement des plaideurs très avertis dans le domaine commercial dont on peut supposer qu'ils mesurent les décisions stratégiques prises au cours de l'instance en suivant de près les conséquences économiques qui en découlent.

[36] En plus des principes généraux déjà mentionnés qui s'appliquent aux honoraires d'avocat, les débours sont généralement inclus dans leur totalité, à condition qu'ils soient raisonnables : *MediaTube Corp. c. Bell Canada*, 2017 CF 495, au paragraphe 21.

B. *Analyse des facteurs pertinents dans la présente affaire*

[37] J'ai considéré l'ensemble des circonstances de la présente instance, y compris les différentes observations présentées par chacune des parties à l'égard des dépens, pour déterminer la somme qu'il convient d'adjuger en l'espèce. Voici mon appréciation des facteurs évoqués par les parties dans leurs observations respectives.

1) La somme globale par rapport à la taxation au titre du tarif B

[38] À mon avis, il est raisonnable et approprié en l'espèce d'adjuger les dépens sous la forme d'une somme globale, correspondant à un pourcentage des honoraires d'avocat de la partie victorieuse. Il s'agissait d'une instance complexe portant sur des brevets de médicaments, les parties sont expérimentées, leurs honoraires d'avocat dépassaient largement les montants envisagés par le tarif B, et elles « peuvent répondre aux mesures incitatives qu'offrent les dépens » : *Bauer*, précitée, au paragraphe 22.

[39] Pour les motifs analysés aux paragraphes 34 et 35 ci-dessus, j'estime que pour calculer la somme globale qui sera adjugée en l'espèce, le point de départ approprié est le milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100

granting lump sum awards in intellectual property proceedings. Coincidentally, this is also the approximate proportion (36 percent) of the overall legal fees claimed by Sandoz (before HST) that relate to the claim construction issue, in respect of which it prevailed.

(2) The result of the proceeding

[40] Sandoz succeeded in defending Allergan's patent infringement allegation in the main action of this proceeding. However, it was unsuccessful with respect to the other two principal issues in dispute, namely, its Counterclaim based on obviousness and the relevance of the prosecution history of the '002 Patent.

[41] I am sympathetic to Allergan's position that it should be entitled to a set-off for its costs incurred in (i) successfully defending Sandoz's counterclaim, which was a distinct action under subsection 60(1) of the Act (*Farmobile, LLC v. Farmers Edge Inc.*, 2018 FC 1269, at paragraph 46), and (ii) dealing with the prosecution history issue. Among other things, Sandoz made a strategic decision to bring that counterclaim, rather than simply defending Allergan's action based on claims construction—which proved to be the decisive issue in permitting Sandoz to launch its generic product on the market. Sandoz also made the strategic choice to raise the prosecution history issue.

[42] In my view, there should be consequences for having advanced and then failed to succeed on these issues. This is particularly so given the substantial costs that Allergan had to incur to address them, and given the very real practical result that Allergan achieved by avoiding the declaration of invalidity *in rem* that was sought by Sandoz. Granting Allergan its costs in relation to these issues, or at least reducing the award to which Sandoz would otherwise be entitled, would be entirely consistent with the important rationale of sanctioning behaviour that increases the duration and expense

habituellement utilisée pour adjuger des sommes globales dans les instances de propriété intellectuelle. Incidemment, cela correspond aussi au pourcentage approximatif (36 p. 100) des honoraires d'avocat globaux réclamés par Sandoz (avant la TVH) quant à la question de l'interprétation des allégations, pour laquelle elle a eu gain de cause.

2) Le résultat de l'instance

[40] En l'espèce, Sandoz s'est défendue avec succès contre l'allégation de contrefaçon de brevet avancée par Allergan dans l'action principale. Cependant, elle n'a pas eu gain de cause à l'égard des deux autres principales questions en litige, à savoir sa demande reconventionnelle fondée sur l'évidence ainsi que la pertinence de l'historique des poursuites du brevet '002.

[41] Je comprends la position d'Allergan suivant laquelle elle devrait avoir droit à une compensation pour les frais qu'elle a engagés, puisqu'elle (i) s'est défendue avec succès contre la demande reconventionnelle de Sandoz, laquelle était une action distincte au titre du paragraphe 60(1) de la Loi (*Farmobile, LLC c. Farmers Edge Inc.*, 2018 CF 1269, au paragraphe 46), et (ii) a fait face à la question de l'historique des poursuites. Entre autres choses, Sandoz a pris la décision stratégique d'introduire cette demande reconventionnelle, plutôt que de se défendre simplement contre l'action d'Allergan basée sur l'interprétation des revendications, question qui s'est avérée décisive pour permettre à Sandoz de lancer son produit générique sur le marché. Cette dernière a également fait le choix stratégique de soulever la question de l'historique des poursuites.

[42] À mon avis, le fait d'avoir soulevé ces questions puis échoué à les faire aboutir devrait être assorti de conséquences. Cela est particulièrement vrai au vu des frais substantiels qu'Allergan a dû engager pour traiter ces questions et du résultat pratique très concret qu'elle a obtenu en évitant la déclaration d'invalidité en matière réelle sollicitée par Sandoz. Adjuger à Allergan des dépens à l'égard de ces questions, ou à tout le moins réduire ceux auxquels Sandoz aurait autrement droit, serait totalement conforme à l'objectif important de sanctionner les comportements ayant pour effet de prolonger

of litigation: *Okanagan Indian Band*, above, at paragraph 25. This would also be entirely consistent with paragraph 400(6)(a) [of the Rules], which permits the Court to award or refuse costs in respect of a particular issue or step in a proceeding.

[43] However, the controlling jurisprudence does not permit me to grant Allergan its costs in relation to the two issues on which it prevailed, or to reduce Sandoz's award to reflect Allergan's success on those issues: see discussion at paragraph 31 above. While I recognize that Sandoz effectively initiated the dispute by serving a notice of allegation on Allergan, this does not provide a basis for departing from that jurisprudence.

[44] The situation with respect to Kissei is very different. It did not participate in the trial and only participated to a very limited degree in the pre-trial phase of these proceedings. It did not take a position with respect to the patent infringement issue. Instead, it filed only a short defence to Sandoz's counterclaim and incurred some additional costs, primarily in respect of the examinations of one of its representatives and one of the inventors of the '002 Patent. It was successful in that defence. Accordingly, it can legitimately be viewed as having been a successful party.

(3) The importance and complexity of the issues

[45] This factor is already reflected in what I consider to be the appropriate starting point for the determination of a lump sum award in a drug patent proceeding, namely, the mid-point of the 25–50 percent range: see discussion at paragraphs 32–35 above.

[46] Although the trial in this proceeding ultimately concerned only one patent and a single allegation of invalidity based on obviousness, I do not consider that this warrants a reduction from the above-mentioned starting point. As this Court has observed, “[p]atent litigation is typically complex, and obviousness is typically among the most complex legal issues that are raised in patent

la durée et d'augmenter les coûts du litige : *Bande indienne Okanagan*, précité, au paragraphe 25. Une telle démarche concorderait totalement avec l'alinéa 400(6)a) des Règles, aux termes duquel la Cour peut adjuger ou refuser d'adjuger les dépens à l'égard d'une question litigieuse ou d'une procédure particulières.

[43] Cependant, la jurisprudence dominante ne me permet pas d'accorder à Allergan des dépens en ce qui touche les deux questions sur lesquelles elle a prévalu, ou de réduire la somme adjugée à Sandoz pour tenir compte du succès d'Allergan à cet égard : voir l'analyse au paragraphe 31 ci-dessus. Je reconnais que Sandoz a, dans les faits, engagé le litige en signifiant un avis d'allégation à Allergan, mais cela ne justifie pas de s'écarter de cette jurisprudence.

[44] La situation concernant Kissei est très différente. Elle n'a pas participé au procès, n'a pris part que très modestement à l'étape préalable au procès, et n'a pas pris position quant à la question de la contrefaçon du brevet. Elle n'a plutôt déposé qu'une défense succincte contre la demande reconventionnelle de Sandoz, et a engagé des frais supplémentaires, surtout pour l'interrogatoire de l'un de ses représentants et de l'un des inventeurs du brevet '002. Sa défense a abouti. Par conséquent, elle peut légitimement être considérée comme une partie gagnante.

3) L'importance et la complexité des questions en litige

[45] Ce facteur est déjà pris en compte dans ce que j'estime être le point de départ adéquat pour calculer la somme globale adjugée dans une instance de brevet de médicaments, à savoir le milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100 : voir l'analyse aux paragraphes 32–35 ci-dessus.

[46] Le procès en l'espèce ne concernait qu'un seul brevet et une seule allégation d'invalidité fondée sur l'évidence, mais je ne crois pas que cela justifie de réduire le point de départ susmentionné. Comme l'a fait remarquer notre Cour, « [h]abituellement, un litige portant sur un brevet est complexe; en outre, la question de l'évidence figure habituellement parmi les questions

litigation”: *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 1175, at paragraph 14. This was no less true in this proceeding, which involved five expert witnesses and required a 241-paragraph decision on the merits.

(4) Written offers to settle

[47] Sandoz made two offers to settle its dispute with Allergan on August 27, 2020, approximately two months prior to the commencement of the trial in this proceeding. Neither of those offers was accepted. It submits that both of those offers met the requirements set forth in subsection 420(2) [of the Rules] for a doubling of its party and party costs from the date of service of its offer to the date of this Court’s judgment on the merits.

[48] To trigger subsection 420(2), the plaintiff either has to obtain a judgment that is less favourable than the terms of the settlement offer, or fail to obtain judgment. Subsection 420(3) imposes two additional conditions: (i) the offer must be made at least 14 days before the commencement of the hearing or trial, and (ii) the offer must not have been withdrawn, and cannot expire, before the commencement of the hearing or trial. The jurisprudence has added that “the offer must be clear and unequivocal, must contain an element of compromise ... and must bring the litigation to an end”: *Venngo*, above, at paragraph 87.

[49] Both of Sandoz’s offers met the timing conditions set forth in subsection 420(3) [of the Rules].

[50] The essence of the first of the offers (Offer No. 1) was that Sandoz would not seek damages under section 8 of the Regulations in exchange for a discontinuance of the main action on a without cost basis and a payment that increased over time from \$3,000,000 (if it was accepted before or on September 1, 2020) to \$12,000,000 (if it was accepted on or after January 15, 2021). The essence of the second offer (Offer No. 2) was that Allergan would discontinue its action in exchange for a \$50,000 payment from Sandoz and an agreement by Sandoz not to seek its costs of the action.

juridiques les plus complexes qui sont soulevées dans un litige en matière de brevet » : *Teva Canada Limited c. Janssen Inc.*, 2018 CF 1175, au paragraphe 14. C’était tout aussi vrai dans la présente procédure, à laquelle ont pris part cinq témoins experts et qui a nécessité une décision sur le fond de 241 paragraphes.

4) Les offres écrites de règlement

[47] Le 27 août 2020, environ deux mois avant le début du procès dans la présente instance, Sandoz a fait deux offres en vue de régler le litige l’opposant à Allergan. Aucune de ces offres n’a été acceptée. Elle fait valoir que ces deux offres remplissaient les exigences énoncées au paragraphe 420(2) des Règles aux fins du doublement de ses dépens partie-partie, et ce, de la date de la signification de son offre à celle du jugement de la Cour sur le fond.

[48] Pour que le paragraphe 420(2) entre en jeu, il faut que le demandeur obtienne un jugement moins avantageux que les conditions de l’offre, ou qu’il n’ait pas gain de cause lors du jugement. Le paragraphe 420(3) impose deux conditions supplémentaires : (i) l’offre doit être faite au moins 14 jours avant le début de l’audience ou de l’instruction, et (ii) l’offre ne doit pas être révoquée et ne peut expirer avant le début de l’audience ou de l’instruction. La jurisprudence ajoute que « l’offre en question doit être claire et non équivoque, comporter un élément de compromis [...] et mettre fin au litige entre les parties » : *Venngo*, précité, au paragraphe 87.

[49] Les deux offres de Sandoz remplissaient les conditions énoncées au paragraphe 420(3) des Règles quant au moment des offres.

[50] La première offre (l’offre n° 1) prévoyait essentiellement que Sandoz ne réclamerait pas de dommages-intérêts au titre de l’article 8 du Règlement en échange du désistement de l’instance principale, sans dépens, et du paiement d’une somme qui augmenterait avec le temps, passant de 3 millions de dollars (si l’offre était acceptée au plus tard le 1^{er} septembre 2020) à 12 millions de dollars (si elle était acceptée le 15 janvier 2021 ou après cette date). La seconde offre (l’offre n° 2) prévoyait essentiellement le désistement de l’action d’Allergan en échange du versement d’une somme de 50 000 \$ par

[51] Allergan maintains that Offer No. 1 does not trigger rule 420 because there has been no determination of liability under section 8 of the Regulations. (Sandoz states that its damages under section 8 would have been for any and all losses that it suffered starting from January 19, 2019.) In such circumstances, Allergan asserts that it cannot be said that Sandoz has obtained a more favourable judgment than the offer.

[52] I agree. In the absence of any evidence regarding the extent of Sandoz's potential claims under section 8, let alone a judgment on those claims, it cannot be said that Allergan obtained a judgment less favourable than Offer No. 1. In addition, it is not possible to ascertain whether Offer No. 1 met the element of compromise.

[53] Turning to Offer No. 2, Allergan states that it constituted "a demand to surrender", rather than a compromise, in exchange for a small payment. It adds that Offer No. 2 also did not address Sandoz's counterclaim, which turned out to be unsuccessful.

[54] Sandoz responds that Offer No. 2 would have provided Allergan with several advantages that it did not obtain by proceeding to trial. Specifically, Allergan would have received \$50,000, no additional costs would have been incurred to litigate the dispute, any future claim for section 8 damages would have been reduced, and Sandoz would not have sought costs in this proceeding.

[55] I am sympathetic with Allergan's position that Offer No. 2 effectively constituted a "demand to surrender", rather than a meaningful compromise: *Canwell Enviro-Industries Ltd. v. Baker Petrolite Corp.*, 2002 FCA 482, 21 C.P.R. (4th) 349 (*Canwell*), at paragraph 4(b). The only one of the advantages identified by Sandoz that related to the parties' underlying dispute was that Allergan would have received \$50,000 for ceasing to oppose the issuance of a notice of compliance to Sandoz. In the context of this particular proceeding, I can understand how \$50,000 may have been perceived to represent a nominal

Sandoz qui accepterait en outre de ne pas réclamer les dépens à l'égard de l'action.

[51] Allergan maintient que l'offre n° 1 ne fait pas entrer en jeu la règle 420, car la responsabilité n'a pas été déterminée au titre de l'article 8 du Règlement. (Sandoz affirme que les dommages-intérêts qui lui auraient été accordés au titre de cette disposition auraient couvert toutes les pertes qu'elle a subies à compter du 19 janvier 2019.) Dans les circonstances, Allergan prétend que l'on ne peut pas dire que Sandoz a obtenu un jugement plus avantageux que l'offre.

[52] Je suis d'accord. En l'absence de la moindre preuve concernant la portée des réclamations potentielles de Sandoz au titre de l'article 8, sans parler d'un jugement s'y rapportant, il n'est pas possible de dire qu'Allergan a obtenu un jugement moins avantageux que l'offre n° 1. De plus, il n'est pas possible d'établir si l'offre n° 1 satisfaisait à l'élément de compromis.

[53] Quant à l'offre n° 2, Allergan affirme qu'elle constituait « une demande de capitulation », plutôt qu'un compromis, en échange d'une petite somme. Elle ajoute que cette offre n'abordait pas la demande reconventionnelle de Sandoz, laquelle n'a pas abouti.

[54] Sandoz répond que l'offre n° 2 aurait offert à Allergan plusieurs avantages qu'elle n'a pas obtenus en optant pour le procès. En particulier, Allergan aurait reçu 50 000 \$, elle n'aurait engagé aucuns frais supplémentaires pour plaider le litige, elle aurait bénéficié d'une réduction de toute demande future de dommages-intérêts au titre de l'article 8, et Sandoz n'aurait pas réclamé les dépens dans la présente instance.

[55] Je comprends la position d'Allergan portant que l'offre n° 2 constituait en réalité une « demande de capitulation », plutôt qu'un compromis important : *Canwell Enviro-Industries Ltd. c. Baker Petrolite Corp.*, 2002 CAF 482 (*Canwell*), au paragraphe 4b). Le seul avantage évoqué par Sandoz quant au litige sous-jacent opposant les parties tenait au fait qu'Allergan aurait reçu 50 000 \$ si elle avait accepté de ne plus s'opposer à ce qu'un avis de conformité lui soit délivré. Dans le contexte de la présente instance en particulier, je peux comprendre que la somme de 50 000 \$ ait pu être perçue comme un

amount, compared to what was at stake between the parties.

[56] Unfortunately, Allergan did not adduce any evidence in that regard or to otherwise support its position. In the absence of such evidence, all I am left with is a bare assertion by Allergan. That does not provide a sufficient basis for concluding that Sandoz's offer to pay \$50,000, which is not a trivial amount of money in absolute terms, constituted a "demand to surrender" rather than a "real offer of compromise": *Canwell*, above. In very real practical terms, Offer No. 2 would have provided Allergan with a more favourable outcome than it obtained in the judgment on the merits that was ultimately issued in this proceeding. Offer No. 2 therefore met the requirements of paragraph 420(2)(a) [of the Rules], and I see no reason why Sandoz should not be entitled to its costs calculated at double the applicable rate, from the date of the offer to the date of the judgment on the merits.

[57] The doubling of costs to which Sandoz is entitled is double its "party-and-party" costs. Such costs can either be the costs to which it would be entitled under the high end of column IV of Tariff B, or such other costs as the Court may in its discretion allow: *Canada (Attorney General) v. Chrétien*, 2011 FCA 53, 198 A.C.W.S. (3d) 296, at paragraph 3. In the present case, I see no reason to materially depart from the amount that Sandoz has requested, which is double the amount of the costs to which it would be entitled under the high end of column IV. This works out to \$47,026.08, which is the difference between the total costs (including HST) calculated with and without a doubling of costs, in parts A and B, respectively, of the revised bill of costs of Sandoz, dated January 27, 2021. Given the lump sum nature of the award that will be made, I consider it appropriate to round this down to \$47,000.

[58] I will pause to add two things. First, in light of the conclusion reached immediately above, it is not necessary to address paragraph 420(2)(b) [of the Rules], which was not addressed by the parties in their submissions. Second, even if an offer to settle does not meet the requirements of rule 420, the Court can give credit

montant symbolique, comparativement à ce qui était en jeu entre les parties.

[56] Malheureusement, Allergan n'a produit aucun élément de preuve sur la question ni autrement à l'appui de sa position. En l'absence d'une telle preuve, il ne me reste qu'une simple affirmation de sa part. Cela ne suffit pas pour conclure que l'offre de paiement de 50 000 \$ faite par Sandoz, montant qui n'est pas insignifiant en termes absolus, constituait une « demande de capitulation » plutôt qu'une « véritable offre de règlement » : *Canwell*, précité. En termes très pratiques, l'offre n° 2 aurait donné à Allergan un résultat plus favorable que celui qu'elle a obtenu dans le jugement sur le fond finalement rendu en l'espèce. Par conséquent, l'offre n° 2 satisfaisait aux exigences de l'alinéa 420(2)a) des Règles, et je ne vois pas pourquoi Sandoz ne devrait pas avoir droit aux dépens calculés suivant le double du taux applicable, et ce, de la date de l'offre à celle du jugement sur le fond.

[57] Le doublement des dépens auxquels Sandoz a droit concerne les dépens « partie-partie ». Ces dépens peuvent être ceux auxquels elle aurait droit suivant l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B, ou ceux que la Cour pourrait adjuger en vertu de son pouvoir discrétionnaire : *Canada (Procureur général) c. Chrétien*, 2011 CAF 53, au paragraphe 3. Dans le cas présent, je ne vois aucune raison de m'écarter sensiblement du montant réclamé par Sandoz, lequel correspond au double des dépens auxquels elle aurait droit suivant l'échelon supérieur de la colonne IV. Ce montant s'élève à 47 026,08 \$, ce qui correspond à la différence entre les dépens totaux (y compris la TVH) calculés avec et sans doublement des dépens, dans les parties A et B, respectivement, du mémoire de dépens révisé de Sandoz, daté du 27 janvier 2021. Comme la somme que j'adjugerai est globale, j'estime qu'il est approprié de l'arrondir à 47 000 \$.

[58] Je m'arrête ici pour ajouter deux choses. Premièrement, compte tenu de la conclusion que je viens de tirer, il n'est pas nécessaire d'examiner l'alinéa 420(2)b) des Règles qui n'a pas été abordé par les parties dans leurs observations. Deuxièmement, même si une offre de règlement ne satisfait pas aux exigences de

to the party who made that offer, in the exercise of its discretion: paragraph 400(3)(e) [of the Rules]; *Sanofi-Novopharm CF*, above, at paragraph 20. Accordingly, I would have increased the cost award in favour of Sandoz to reflect Offer No. 2, even if I had concluded that the offer did not meet the requirements of rule 420. Considering all of the circumstances of the case, including the nature of Offer No. 2 and the fact that I have decided to make a lump sum cost award, the amount of such increase would have been approximately the same as the \$47,000 discussed above.

- (5) Conduct that tended to shorten or unnecessarily lengthen the proceeding

[59] Sandoz submits that it should be given credit for having: (i) cooperated with Allergan in settling all of the motions in this proceeding; (ii) agreed to the discontinuance of the action relating to the '780 Patent on a without costs basis; and (iii) agreed to narrow the issues for trial, including by abandoning its invalidity claims based on overbreadth and insufficiency.

[60] Generally speaking these are all actions that should be encouraged by the Court and given positive consideration when considering costs.

[61] Of course, where the other party or parties to the proceeding engage in similar actions, those actions also deserve similar consideration.

[62] This is precisely what happened in this proceeding. Accordingly, I will give this factor a neutral weighting in my assessment. In so doing, I have considered that Sandoz has not sought to recover any costs in respect of the fees or disbursements incurred in respect of aspects of its counterclaim that ultimately were not pursued, including its claims of invalidity based on overbreadth and insufficiency. I have also considered that the issue of overbreadth was effectively abandoned by Sandoz in December 2019, when Sandoz served the first report of Dr. Fassihi. That report did not consider or opine on

la règle 420, la Cour peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, attribuer le mérite qu'il revient à la partie qui l'a faite : alinéa 400(3)e des Règles; *Sanofi-Novopharm CF*, précitée, au paragraphe 20. Par conséquent, j'aurais augmenté le montant des dépens adjugés à Sandoz pour tenir compte de l'offre n° 2, même si j'avais conclu qu'elle ne remplissait pas les exigences de la règle 420. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment la nature de l'offre n° 2 et ma décision d'adjuger une somme globale pour les dépens, le montant d'une telle augmentation aurait été environ le même que celui de 47 000 \$ évoqué précédemment.

- 5) Le comportement ayant eu pour effet d'abrégé ou de prolonger inutilement la durée de l'instance

[59] Sandoz fait valoir qu'elle devrait se voir reconnaître qu'elle a : (i) coopéré avec Allergan en réglant toutes les requêtes présentées en l'espèce; (ii) accepté le désistement de l'action liée au brevet '780, sans dépens; (iii) convenu de restreindre la portée des questions à trancher durant le procès, notamment en renonçant à ses allégations d'invalidité fondées sur la portée excessive et l'insuffisance.

[60] De manière générale, ce sont là des actions qui devraient toutes être encouragées par la Cour et prises en compte favorablement au moment de considérer les dépens.

[61] Bien entendu, lorsque l'autre ou les autres parties à l'instance posent des actes similaires, ceux-ci méritent également d'être considérés sous le même jour.

[62] C'est précisément ce qui s'est passé en l'espèce. Par conséquent, j'accorderai à ce facteur un poids neutre dans mon appréciation. Ce faisant, j'ai tenu compte du fait que Sandoz n'avait pas tenté de recouvrer de dépens relatifs aux honoraires ou débours engagés à l'égard de certains aspects de sa demande reconventionnelle auxquels elle a fini par renoncer, notamment ses allégations d'invalidité fondées sur la portée excessive et l'insuffisance. J'ai également considéré que Sandoz avait effectivement abandonné l'argument de la portée excessive en décembre 2019, lorsqu'elle avait signifié le premier

the issue of overbreadth and contained only two paragraphs of opinion regarding the issue of insufficiency (plus two others that explained the nature of his retainer in that regard). As a consequence, Allergan filed no evidence regarding the issue of overbreadth, and its evidence on the issue of insufficiency was limited to four paragraphs in Dr. Felton's responding report on the issue of the validity of the '002 Patent.

[63] I will pause to observe that had Allergan incurred substantially greater costs in relation to the overbreadth and insufficiency issues, I may very well have made a significant downward adjustment in the lump sum amount awarded to Sandoz. In the past, the practice of alleging many grounds of invalidity appears to have been ingrained in the drug patent bar. This has considerably increased the time and cost associated with drug patent disputes, and has consumed substantial scarce Court resources. This is an important part of the existing culture that has to change. The Court will not hesitate to use its discretion with respect to costs to support that change, when it considers it to be appropriate to do so: see, for example, *Betsler-Zilevitch 2*, above, at paragraph 14; *Betsler-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 FC 85, 182 C.P.R. (4th) 175, at paragraphs 142–144.

(6) Conclusion regarding fees

[64] In summary, I consider it appropriate to make a lump sum award of costs in favour of Sandoz. I also consider it appropriate to make that award by reference to a percentage of the legal fees incurred by Sandoz in respect of the '002 Patent, plus HST and disbursements, and to begin my assessment at the mid-point of the 25–50 percent range. So, I will begin my assessment with an amount that corresponds to 37.5 percent of the legal fees reasonably incurred by Sandoz in respect of the '002 Patent, less the fees associated with aspects of its counterclaim that were abandoned (Eligible Fees). Based on Sandoz's total Eligible Fees of \$598,710.00,

rapport de M. Fassihi. Ce rapport n'examinait pas la portée excessive ni ne formulait d'avis sur la question et ne contenait que deux paragraphes d'opinion concernant l'insuffisance (en plus de deux autres expliquant la nature de son mandat en la matière). Par conséquent, Allergan n'a déposé aucun élément de preuve concernant la portée excessive, et sa preuve ayant trait à l'insuffisance se limitait à quatre paragraphes dans le rapport produit en réponse par M^{me} Felton au sujet de la validité du brevet '002.

[63] Je m'arrête ici pour faire remarquer que, si Allergan avait engagé des frais substantiellement plus élevés en rapport avec les questions de la portée excessive et de l'insuffisance, j'aurais très bien pu minorer sensiblement le montant de la somme globale adjugée à Sandoz. Dans le passé, il semble que la pratique consistant à alléguer de nombreux motifs d'invalidité s'est enracinée dans le milieu des avocats spécialisés dans les brevets de médicaments. Cette pratique a eu pour effet d'augmenter considérablement le temps et les coûts engagés dans les litiges relatifs aux brevets de médicaments, et de mobiliser une part importante des ressources judiciaires déjà limitées. Il s'agit là d'un aspect notable de la mentalité présente qui doit changer. La Cour n'hésitera pas à user de son pouvoir discrétionnaire à l'égard des dépens pour appuyer ce changement, lorsqu'elle estimera approprié de le faire : voir par exemple *Betsler-Zilevitch 2*, précitée, au paragraphe 14; *Betsler-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd.*, 2021 CF 85, aux paragraphes 142–144.

6) Conclusion en ce qui concerne les honoraires

[64] En résumé, j'estime qu'il est approprié d'allouer, en guise de dépens, une somme globale à Sandoz et qu'il convient d'adjuger cette somme en se référant à un pourcentage des honoraires d'avocat qu'elle a engagés à l'égard du brevet '002, plus la TVH et les débours, et de commencer ma taxation au milieu de la fourchette de 25 à 50 p. 100. J'entamerai donc ma taxation avec un montant correspondant à 37,5 p. 100 des honoraires d'avocat raisonnables engagés par Sandoz à l'égard du brevet '002, moins ceux liés aux aspects de sa demande reconventionnelle qui ont été abandonnés (les frais admissibles). En se basant sur des frais admissibles totaux

this works out to \$224,516.25, which I will round up to \$225,000. For greater certainty, I have reviewed the detailed statement of those fees that is provided in Appendix A to the second Wysokinski affidavit, and I consider them all to be reasonable, notwithstanding the significant number of lawyers and clerks whose fees are being claimed by Sandoz.

[65] For the reasons I have explained, I will not make any downward adjustment or set off in favour of Allergan to reflect the fact that Allergan prevailed with respect to two of the three principal issues in this case. Given that the importance and complexity of this case is already reflected in my above-mentioned starting point, I will also not make any adjustment to reflect that factor. Likewise, I will not make any adjustment to reflect conduct that tended to shorten the duration of the proceeding, as Allergan and Sandoz made approximately equivalent contributions in this regard.

[66] However, for the reasons discussed at paragraphs 56–57 above, I will increase Sandoz’s cost award by \$47,000 to take account of one of its settlement offers (Offer No. 2). Accordingly, the fees component of the lump sum amount that will be awarded to Sandoz will be $\$225,000 + \$47,000 = \$272,000$. This equates to slightly over 45 percent of Sandoz’s Eligible Fees. Adding HST of \$35,360 (13 percent) produces a total of \$307,360.

(7) Disbursements

[67] Given that I am unable to make any cost award or set-off in favour of Allergan, this section of these reasons will deal solely with the disbursements claimed by Sandoz.

[68] Sandoz claims total disbursements of \$124,605.30 incurred in respect of the dispute regarding the ‘002 Patent. In reaching this figure, Sandoz made various adjustments described in the Wysokinski affidavit, in an effort to remove disbursements incurred in relation to the

de 598 710,00 \$ engagés par Sandoz, ce montant correspond à 224 516,25 \$, que j’arrondirai à 225 000 \$. Pour plus de certitude, j’ai examiné le relevé détaillé de ces frais fournis en annexe A du second affidavit Wysokinski, et j’estime qu’ils sont tous raisonnables, nonobstant le nombre significatif d’avocats et d’auxiliaires juridiques dont Sandoz réclame les frais.

[65] Pour les motifs que j’ai expliqués, je ne ferai pas de réajustement à la baisse ni n’accorderai de compensation à Allergan pour tenir compte du fait qu’elle a prévalu sur deux des trois principales questions en litige dans la présente instance. Compte tenu du fait que l’importance et la complexité de la présente affaire sont déjà prises en compte dans le point de départ que j’ai déjà mentionné, je ne ferai pas non plus de réajustement pour prendre ce facteur en considération. De même, je ne ferai aucun réajustement tenant compte des comportements ayant eu pour effet d’abrèger la durée de l’instance, les contributions d’Allergan et de Sandoz à cet égard étant approximativement équivalentes.

[66] Cependant, pour les motifs mentionnés aux paragraphes 56 et 57 ci-dessus, j’augmenterai de 47 000 \$ les dépens adjugés à Sandoz, pour tenir compte de l’une de ses offres de règlement (l’offre n° 2). Par conséquent, les honoraires compris dans la somme globale qui sera adjugée à Sandoz seront de 225 000 \$ + 47 000 \$ = 272 000 \$. Cela équivaut à un peu plus de 45 p. 100 des frais admissibles de Sandoz. L’ajout de la TVH qui s’élève à 35 360 \$ (13 p. 100) donne un total de 307 360 \$.

7) Les débours

[67] Comme je ne peux adjuger de dépens à Allergan ni lui accorder de compensation, cette section des présents motifs traitera exclusivement des débours réclamés par Sandoz.

[68] Sandoz réclame des débours totaux de 124 605,30 \$ engagés à l’égard du litige relatif au brevet ‘002. Pour parvenir à ce chiffre, elle a effectué divers réajustements décrits dans l’affidavit Wysokinski, dans le but d’éliminer les débours engagés à l’égard du brevet ‘780. Sous réserve des

'780 Patent. Subject to the comments below, I am satisfied that those adjustments are reasonable.

[69] The total disbursements claimed by Sandoz include a portion of Dr. Stewart's fees (\$15,626.25)³ and 75 percent of Dr. Fassihi's fees (\$59,687.54).

[70] Given the conclusion I reached with respect to the prosecution history of the '002 Patent, Dr. Stewart's evidence did not have any bearing on my decision on the merits. Accordingly, I do not consider it appropriate to make an award in favour of Sandoz in respect of Dr. Stewart's fees.

[71] Turning to Dr. Fassihi, Allergan submits that his fees should be discounted by 85 percent, to reflect the fact that the majority of his evidence was directed to the obviousness issue and that evidence was not accepted by the Court. Given the conclusions I reached in respect of his testimony (*Allergan*, above, at paragraph 35), I consider that his fees should be substantially discounted, but not to the extent suggested by Allergan. I consider a discount of 65 percent to be more appropriate. Consequently, Sandoz should be indemnified for only 35 percent of Dr. Fassihi's total fees of \$79,583.39. This amounts to \$27,854.19.

[72] Accordingly, I consider it appropriate to reduce the total disbursements of \$124,605.30 claimed by Sandoz by (i) \$15,626.25 (the amount claimed for Dr. Stewart), and (ii) \$31,833.36, which is the difference between the amount it claimed for Dr. Fassihi (\$59,687.54) and the amount that I have decided to award (\$27,854.19).

[73] Therefore, the total disbursements that will be awarded to Sandoz will be \$77,145.69. For greater certainty, I consider all of the disbursements included in this final amount to be reasonable.

commentaires ci-après, je suis convaincu que ces réajustements sont raisonnables.

[69] Les débours totaux réclamés par Sandoz comprennent une partie des frais de M. Stewart (15 626,25 \$)³ et 75 p. 100 des frais de M. Fassihi (59 687,54 \$).

[70] Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenu concernant l'historique des poursuites du brevet '002, la preuve de M. Stewart n'a eu aucune incidence sur ma décision quant au fond. Par conséquent, je ne pense pas qu'il convienne d'adjuger les frais de M. Stewart à Sandoz.

[71] Quant à M. Fassihi, Allergan soutient que ses frais devraient être réduits de 85 p. 100, étant donné que la plus grande partie de sa preuve concernait la question de l'évidence et que cette preuve n'a pas été acceptée par la Cour. Compte tenu des conclusions que j'ai tirées au sujet de son témoignage (*Allergan*, précitée, au paragraphe 35), je pense que ses frais devraient être substantiellement réduits, mais pas dans la mesure suggérée par Allergan. J'estime qu'une réduction de 65 p. 100 est plus appropriée. Par conséquent, Sandoz ne devrait être indemnisée qu'à raison de 35 p. 100 des frais totaux de M. Fassihi qui s'élèvent à 79 583,39 \$. Cela donne 27 854,19 \$.

[72] Par conséquent, j'estime qu'il convient de soustraire des débours totaux de 124 605,30 \$ réclamés par Sandoz les montants suivants : (i) 15 626,25 \$ (réclamés pour M. Stewart) et (ii) 31 833,36 \$, montant qui correspond à la différence entre celui qu'elle a réclamé pour M. Fassihi (59 687,54 \$) et celui que j'ai décidé d'adjuger (27 854,19 \$).

[73] Par conséquent, les débours totaux qui seront adjugés à Sandoz seront de 77 145,69 \$. Pour plus de certitude, je considère que l'ensemble des débours inclus dans ce montant final sont raisonnables.

³ Sandoz reduced the amount claimed in respect of three of Dr. Stewart's four invoices by 50 percent, to exclude work performed in respect of the '780 Patent.

³ Sandoz a réduit de 50 p. 100 le montant réclamé à l'égard de trois des quatre factures de M. Stewart, afin d'exclure les travaux effectués concernant le brevet '780.

(8) Kissei's costs

[74] Kissei seeks its costs taxable at the upper end of column IV of Tariff B (\$23,670) together with disbursements totalling \$22,719.12. The latter are comprised of \$22,075.12 for travel and accommodation, plus \$644.00 for transcripts.

[75] As I have noted, Kissei did not take any position in the main action in this proceeding. However, it filed a defence to Sandoz's counterclaim and incurred some additional costs, primarily in respect of the examinations of one of its representatives (Yasuhiko Kirisawa) and one of the inventors of the '002 Patent (Mitsuo Muramatsu).

[76] For the reasons discussed at paragraph 44 above, it is appropriate to consider Kissei as having been a successful party in this proceeding. Therefore, it is entitled to the costs that it is seeking, with the following minor adjustments. Sandoz took a calculated risk in seeking an *in rem* declaration of invalidity in respect of the '002 Patent. It was unsuccessful in that regard. Costs should follow the event, particularly given that the interests of Kissei and Allergan were not fully coincident.

[77] Sandoz relies on *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 418 (*Pelletier*), at paragraph 9 to support its assertion that Kissei is precluded from seeking costs in this proceeding because it failed to request costs in its pleadings or during the trial, which it did not attend. However, Sandoz's reliance on *Pelletier* is misplaced. This is because I granted leave to Kissei to make submissions on costs after I became aware that it had incurred material costs in connection with this proceeding.

[78] Sandoz further submits that if Kissei is entitled to any costs, they should be borne by Allergan, because Allergan was the party who initially added Kissei as a defendant in this proceeding, and because it is not uncommon for licensing agreements to include provisions for costs incurred by the licensor in defending impeachment actions. I do not consider either of those arguments

8) Les dépens de Kissei

[74] Kissei souhaite que les dépens auxquels elle a droit soient taxables suivant l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B (23 670 \$) avec des débours totalisant 22 719,12 \$. Cette dernière somme comprend des frais de déplacement et d'hébergement de 22 075,12 \$ plus 644 \$ pour des transcriptions.

[75] Comme je l'ai déjà noté, Kissei n'a pas pris position dans l'action principale en l'espèce. Cependant, elle a déposé une défense contre la demande reconventionnelle de Sandoz et a engagé des frais supplémentaires, principalement pour l'interrogatoire de l'un de ses représentants (Yasuhiko Kirisawa) et de l'un des inventeurs du brevet '002 (Mitsuo Muramatsu).

[76] Pour les motifs mentionnés au paragraphe 44 ci-dessus, il convient de considérer que Kissei a eu gain de cause en l'espèce. Elle a donc droit aux dépens qu'elle réclame, sous réserve des réajustements mineurs qui suivent. Sandoz a pris un risque calculé en sollicitant une déclaration d'invalidité en matière réelle en rapport avec le brevet '002 et elle a échoué sur ce point. Les dépens doivent suivre l'issue de la cause, d'autant plus que les intérêts de Kissei et d'Allergan ne concordaient pas totalement.

[77] Sandoz s'appuie sur l'arrêt *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 418 (*Pelletier*), au paragraphe 9, à l'appui de sa prétention selon laquelle Kissei ne peut en l'espèce solliciter des dépens, parce qu'elle n'en a pas réclamé ni dans ses actes de procédure ni durant le procès auquel elle n'a pas participé. Cependant, Sandoz a tort de s'appuyer sur l'arrêt *Pelletier*, parce que j'ai autorisé Kissei à présenter des observations au sujet des dépens après avoir découvert qu'elle avait engagé des frais importants en lien avec la présente instance.

[78] Sandoz soutient en outre que, si Kissei a droit à des dépens, ceux-ci devraient être assumés par Allergan, cette dernière étant celle qui l'a initialement constituée en partie défenderesse, et aussi parce qu'il n'est pas rare que les ententes de licences prévoient des dispositions sur les frais engagés par le concédant de licence pour se défendre contre des actions en invalidation. Je ne pense

to be particularly relevant. Allergan was required to add Kissei to the proceeding, pursuant to subsection 6(2) of the Regulations. In addition, Sandoz is engaging in pure speculation regarding the contents of Allergan's licensing agreement with Kissei.

[79] I am satisfied that the claims for fees set forth in Kissei's bill of costs are all reasonable. In brief, they relate to the preparation of Kissei's defence and amended defence to Sandoz's counterclaim, the preparation of Kissei's affidavit of documents, the preparation for examination of discovery of one of its representatives and one of the inventors of the '002 Patent, attendance at those examinations, and participation in various case management conferences.

[80] Turning to Kissei's disbursements, Sandoz objects to Kissei's claim for business class travel and the number of days of accommodation for which it has sought reimbursement.

[81] Given the very long distance that Messrs. Kirisawa and Muramatsu had to travel (from Japan) for their examinations, I am satisfied that Kissei's claim for business class travel is reasonable.

[82] With respect to their accommodation expenses, Kissei is claiming 13 days of hotel accommodation for Mr. Kirisawa and 9 days for Mr. Muramatsu. I agree with Sandoz that those claims are excessive.

[83] In the Direction to attend that Sandoz served on each of Mr. Kirisawa and Mr. Muramatsu, Sandoz stated that it would reimburse travel expenses and witness fees for two days of attendance, if requested. Ultimately Messrs. Kirisawa and Muramatsu were examined for a total of approximately three days in relation to the '002 Patent (one day for the former and two days for the latter). Sandoz submits that if any of Kissei's accommodation claims are allowed, they should be limited to a maximum of four days for each of Messrs. Kirisawa and

pas que l'un ou l'autre de ces arguments soit particulièrement pertinent. Allergan devait ajouter Kissei à l'instance en application du paragraphe 6(2) du Règlement. De plus, Sandoz se livre à de pures conjectures quant au contenu de l'entente de licence conclue entre Allergan et Kissei.

[79] Je suis convaincu que les réclamations d'honoraires énoncées dans le mémoire de dépens de Kissei sont toutes raisonnables. En bref, elles concernent la préparation de sa défense puis de sa défense modifiée à la demande reconventionnelle de Sandoz, la préparation de son affidavit de documents ainsi que de l'interrogatoire préalable de l'un de ses représentants et de l'un des inventeurs du brevet '002, puis la participation à ces interrogatoires et à diverses conférences de gestion de l'instance.

[80] En ce qui a trait aux débours de Kissei, Sandoz s'oppose aux billets d'avion en classe affaires qu'elle a réclamés ainsi qu'au nombre de jours d'hébergement dont elle a demandé le remboursement.

[81] Compte tenu de la très longue distance que MM. Kirisawa et Muramatsu ont dû parcourir (du Japon) en vue de leurs interrogatoires, je suis persuadé que les billets d'avion en classe affaires réclamés par Kissei sont raisonnables.

[82] Pour ce qui est des frais d'hébergement, Kissei réclame le remboursement de séjours à l'hôtel d'une durée de 13 jours pour M. Kirisawa et de 9 jours pour M. Muramatsu. Je conviens avec Sandoz que ces demandes sont excessives.

[83] Dans l'assignation à comparaître qu'elle a signifiée à M. Kirisawa et à M. Muramatsu, Sandoz a déclaré que, s'ils en faisaient la demande, elle rembourserait leurs frais de déplacement et leur indemnité de témoin pour deux jours de présence. En fin de compte, MM. Kirisawa et Muramatsu ont été interrogés en tout pendant près de trois jours à l'égard du brevet '002 (un jour pour le premier et deux jours pour le second). Sandoz soutient que, si une ou l'autre des réclamations de Kissei pour l'hébergement étaient accueillies, elles

Muramatsu, having regard to the need for them to get acclimatized prior to their examinations.

[84] I agree. Accordingly, Kissei's claims for accommodation will be adjusted downward to exclude the first nine days of hotel expenses claimed for Mr. Kirisawa (\$3,967.93)⁴ and the first five days of hotel expenses claimed for Mr. Muramatsu (\$2,124.85),⁵ for a total reduction of \$6,092.78. Applying this reduction to the \$22,075.12 claimed by Sandoz for travel and accommodations, and adding the disbursement of \$644.00 for transcripts, yields a figure of \$16,626.34.

[85] Accordingly, Sandoz will be required to indemnify Kissei for fees of \$23,670 (assessed at the upper end of column IV of Tariff B) plus reasonable disbursements of \$16,626.34, for a total of \$40,296.34.

IV. Conclusion

[86] For the reasons set forth above, Allergan will be ordered to pay a lump sum amount of \$384,505.69 to Sandoz, who ultimately prevailed in the main action. The fee component of this is \$272,000, which represents approximately 45 percent of Sandoz's Eligible Fees. The other components are HST on those legal fees, plus Sandoz's reasonable disbursements. Among other things, the award for legal fees includes an upward adjustment to reflect the fact that Sandoz made a *bona fide* written offer to settle that would have provided Allergan with a more favourable outcome than what it ultimately achieved by continuing on to trial.

[87] Given that Kissei completely prevailed in its defence, it will be awarded its reasonable costs of \$40,296.34, comprising \$23,670 for legal fees calculated

⁴ \$665.68 for the first two nights combined plus \$471.75 per night for the next seven nights.

⁵ \$424.97 per night times five nights.

devraient être limitées à un maximum de quatre jours chacun pour MM. Kirisawa et Muramatsu, eu égard à leur besoin de s'acclimater avant leur interrogatoire.

[84] Je suis d'accord. Par conséquent, les réclamations de Kissei pour l'hébergement seront minorées afin d'exclure les frais d'hôtel des neuf premiers jours réclamés pour M. Kirisawa (3 967,93 \$)⁴ et des cinq premiers jours pour M. Muramatsu (2 124,85 \$)⁵, soit une réduction totale de 6 092,78 \$. Je soustrais cette somme de la somme de 22 075,12 \$ réclamée par Sandoz pour les frais de déplacement et d'hébergement, et j'ajoute les débours de 644,00 \$ pour les transcriptions, ce qui totalise 16 626,34 \$.

[85] Par conséquent, Sandoz devra indemniser Kissei pour des honoraires de 23 670 \$ (taxés suivant l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B) plus les débours raisonnables qui s'élèvent à 16 626,34 \$, pour un total de 40 296,34 \$.

IV. Conclusion

[86] Pour les motifs énoncés ci-dessus, il sera ordonné à Allergan de verser une somme globale de 384 505,69 \$ à Sandoz, qui a en fin de compte prévalu dans l'action principale. Les honoraires compris dans cette somme s'élèvent à 272 000 \$, ce qui représente environ 45 p. 100 des frais admissibles de Sandoz. Le reste correspond à la TVH sur ces honoraires d'avocat, plus les débours raisonnables engagés par Sandoz. Entre autres choses, les honoraires d'avocat ont été majorés pour tenir compte du fait que Sandoz avait fait, de bonne foi, une offre écrite de règlement, laquelle aurait fait bénéficier à Allergan d'un résultat plus favorable que ce qu'elle a obtenu en fin de compte en poursuivant le procès.

[87] Comme Kissei a complètement prévalu dans sa défense, elle se verra adjuger, à titre de dépens, les frais de 40 296,34 \$ qu'elle a raisonnablement engagés,

⁴ 665,68 \$ pour les deux premières nuits combinées plus 471,75 \$ par nuit pour les sept nuits suivantes.

⁵ 424,97 \$ par nuit pour cinq nuits.

in accordance with the upper end of column IV of Tariff B, plus reasonable disbursements of \$16,626.34.

comprenant 23 670 \$ d'honoraires d'avocat calculés conformément à l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B, plus les débours raisonnables de 16 626,34 \$.

ORDER in T-2023-18

ORDONNANCE dans le dossier T-2023-18

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE que :

1. Allergan shall pay to Sandoz lump sum costs of \$384,505.69, comprising reasonable fees of \$272,000, HST on those fees of \$35,360, plus reasonable disbursements of \$77,145.69.
2. Sandoz shall pay to Kissei costs of \$40,296.34, comprising fees of \$23,670.00 assessed in accordance with the upper end of column IV of Tariff B plus reasonable disbursements of \$16,626.34.

1. Allergan verse, à titre de dépens, à Sandoz une somme globale de 384 505,69 \$, comprenant les honoraires de 272 000 \$ qu'elle a raisonnablement engagés, la TVH de 35 360 \$ sur ces frais plus des débours raisonnables de 77 145,69 \$;
2. Sandoz verse à Kissei des dépens de 40 296,34 \$, comprenant des honoraires de 23 670 \$ taxés conformément à l'échelon supérieur de la colonne IV du tarif B, plus des débours raisonnables de 16 626,34 \$.

Appendix 1 – Relevant legislation

Annexe 1 – Dispositions législatives applicables

Federal Court Rules, SOR/98-106

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106

COSTS

DÉPENS

Awarding of Costs Between Parties

Adjudication des dépens entre parties

Discretionary powers of Court

Pouvoir discrétionnaire de la Cour

400 (1) The Court shall have full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid.

400 (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui doivent les payer.

Crown

La Couronne

(2) Costs may be awarded to or against the Crown.

(2) Les dépens peuvent être adjugés à la Couronne ou contre elle.

Factors in awarding costs

Facteurs à prendre en compte

(3) In exercising its discretion under subsection (1), the Court may consider

(3) Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l'un ou l'autre des facteurs suivants :

- (a)** the result of the proceeding;
- (b)** the amounts claimed and the amounts recovered;
- (c)** the importance and complexity of the issues;

- a)** le résultat de l'instance;
- b)** les sommes réclamées et les sommes recouvrées;
- c)** l'importance et la complexité des questions en litige;

- | | |
|---|--|
| <p>(d) the apportionment of liability;</p> <p>(e) any written offer to settle;</p> <p>(f) any offer to contribute made under rule 421;</p> <p>(g) the amount of work;</p> <p>(h) whether the public interest in having the proceeding litigated justifies a particular award of costs;</p> <p>(i) any conduct of a party that tended to shorten or unnecessarily lengthen the duration of the proceeding;</p> <p>(j) the failure by a party to admit anything that should have been admitted or to serve a request to admit;</p> <p>(k) whether any step in the proceeding was</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) improper, vexatious or unnecessary, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;</p> <p>(l) whether more than one set of costs should be allowed, where two or more parties were represented by different solicitors or were represented by the same solicitor but separated their defence unnecessarily;</p> <p>(m) whether two or more parties, represented by the same solicitor, initiated separate proceedings unnecessarily;</p> <p>(n) whether a party who was successful in an action exaggerated a claim, including a counterclaim or third party claim, to avoid the operation of rules 292 to 299;</p> <p>(n.1) whether the expense required to have an expert witness give evidence was justified given</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the nature of the litigation, its public significance and any need to clarify the law,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) the number, complexity or technical nature of the issues in dispute, or</p> | <p>d) le partage de la responsabilité;</p> <p>e) toute offre écrite de règlement;</p> <p>f) toute offre de contribution faite en vertu de la règle 421;</p> <p>g) la charge de travail;</p> <p>h) le fait que l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance justifie une adjudication particulière des dépens;</p> <p>i) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrèger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;</p> <p>j) le défaut de la part d'une partie de signifier une demande visée à la règle 255 ou de reconnaître ce qui aurait dû être admis;</p> <p>k) la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance, selon le cas :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) était inappropriée, vexatoire ou inutile,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) a été entreprise de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;</p> <p>l) la question de savoir si plus d'un mémoire de dépens devrait être accordé lorsque deux ou plusieurs parties sont représentées par différents avocats ou lorsque, étant représentées par le même avocat, elles ont scindé inutilement leur défense;</p> <p>m) la question de savoir si deux ou plusieurs parties représentées par le même avocat ont engagé inutilement des instances distinctes;</p> <p>n) la question de savoir si la partie qui a eu gain de cause dans une action a exagéré le montant de sa réclamation, notamment celle indiquée dans la demande reconventionnelle ou la mise en cause, pour éviter l'application des règles 292 à 299;</p> <p>n.1) la question de savoir si les dépenses engagées pour la déposition d'un témoin expert étaient justifiées compte tenu de l'un ou l'autre des facteurs suivants :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) la nature du litige, son importance pour le public et la nécessité de clarifier le droit,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) le nombre, la complexité ou la nature technique des questions en litige,</p> |
|---|--|

(iii) the amount in dispute in the proceeding; and

(o) any other matter that it considers relevant.

Tariff B

(4) The Court may fix all or part of any costs by reference to Tariff B and may award a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs.

...

Assessment according to Tariff B

407 Unless the Court orders otherwise, party-and-party costs shall be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B.

...

Consequences of failure to accept plaintiff's offer

420 (1) Unless otherwise ordered by the Court and subject to subsection (3), where a plaintiff makes a written offer to settle and obtains a judgment as favourable or more favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled to party-and-party costs to the date of service of the offer and costs calculated at double that rate, but not double disbursements, after that date.

Consequences of failure to accept defendant's offer

(2) Unless otherwise ordered by the Court and subject to subsection (3), where a defendant makes a written offer to settle,

(a) if the plaintiff obtains a judgment less favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled to party-and-party costs to the date of service of the offer and the defendant shall be entitled to costs calculated at double that rate, but not double disbursements, from that date to the date of judgment; or

(b) if the plaintiff fails to obtain judgment, the defendant is entitled to party-and-party costs to the date of the service of the offer and to costs calculated at double that rate, but not double disbursements, from that date to the date of judgment.

Conditions

(3) Subsections (1) and (2) do not apply unless the offer to settle

(iii) la somme en litige;

(o) toute autre question qu'elle juge pertinente.

Tarif B

(4) La Cour peut fixer tout ou partie des dépens en se reportant au tarif B et adjuger une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés.

[...]

Tarif B

407 Sauf ordonnance contraire de la Cour, les dépens partie-partie sont taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B.

[...]

Conséquences de la non-acceptation de l'offre du demandeur

420 (1) Sauf ordonnance contraire de la Cour et sous réserve du paragraphe (3), si le demandeur fait au défendeur une offre écrite de règlement, et que le jugement qu'il obtient est aussi avantageux ou plus avantageux que les conditions de l'offre, il a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et, par la suite, au double de ces dépens mais non au double des débours.

Conséquences de la non-acceptation de l'offre du défendeur

(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour et sous réserve du paragraphe (3), si le défendeur fait au demandeur une offre écrite de règlement, les dépens sont alloués de la façon suivante :

a) si le demandeur obtient un jugement moins avantageux que les conditions de l'offre, il a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et le défendeur a droit, par la suite et jusqu'à la date du jugement au double de ces dépens mais non au double des débours;

b) si le demandeur n'a pas gain de cause lors du jugement, le défendeur a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et, par la suite et jusqu'à la date du jugement, au double de ces dépens mais non au double des débours.

Conditions

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent qu'à l'offre de règlement qui répond aux conditions suivantes :

(a) is made at least 14 days before the commencement of the hearing or trial; and

(b) is not withdrawn and does not expire before the commencement of the hearing or trial.

a) elle est faite au moins 14 jours avant le début de l'audience ou de l'instruction;

b) elle n'est pas révoquée et n'expire pas avant le début de l'audience ou de l'instruction.

	2020 FC 1180 T-670-20	2020 CF 1180 T-670-20
Merck Sharp & Dohme Corp. and Merck Canada Inc. (Plaintiffs)		Merck Sharp & Dohme Corp. et Merck Canada Inc. (demandereses)
v.		c.
Sandoz Canada Inc. (Defendant)		Sandoz Canada Inc. (défenderesse)
	T-673-20	T-673-20
Merck Sharp & Dohme Corp. and Merck Canada Inc. (Plaintiffs)		Merck Sharp & Dohme Corp. et Merck Canada Inc. (demandereses)
v.		c.
Pharmascience Inc. (Defendant)		Pharmascience Inc. (défenderesse)
INDEXED AS: MERCK SHARP & DOHME CORP. v. SANDOZ CANADA INC.		RÉPERTORIÉ : MERCK SHARP & DOHME CORP. c. SANDOZ CANADA INC.
Federal Court, Southcott J.—Ottawa, November 23 and December 22, 2020.		Cour fédérale, juge Southcott—Ottawa, 23 novembre et 22 décembre 2020.
<i>Patents — Infringement — Motions by defendants seeking order for summary judgment under Federal Courts Rules, r. 215 or, alternatively, order striking out statement of claim in patent action under r. 221 — Plaintiffs opposing motions, requesting summary judgment dismissing defendants' defence — Each of Sandoz Canada Inc., Pharmascience Inc. defendant in patent action brought by plaintiffs Merck Sharp & Dohme Corp., Merck Canada Inc. — Motions based on defendants' position that Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8.2, made under Patent Act, imposing limitation period, that within actions commenced after expiry of this period — Plaintiffs in both actions submitted that motions should be dismissed, sought summary judgment, dismissing defendants' limitation period defence — Plaintiff, Merck Canada Inc., authorized by Health Canada to sell drug sitagliptin (brand name JANUVIA) in Canada — Plaintiff, Merck Sharp & Dohme Corp., owning three patents listed in patent register for sitagliptin — On February 13, 2020, defendants serving Merck Canada Inc. with notice of allegation (NOA) respecting those three listed patents in which indicating that regulatory approval sought to market, sell generic sitagliptin tablet in Canada — Less than 45 days later, plaintiffs issued statements of claim under Regulations, s. 6(1) against each defendant relating to three patents subject of NOAs — As result, Regulations, s. 7(1)(d), automatic 24-month stay applying to issuance of notice of compliance (NOC) relating</i>		<i>Brevets — Contrefaçon — Requêtes des défenderesses en vue d'obtenir un jugement sommaire en application de la règle 215 des Règles des Cours fédérales ou, subsidiairement, une ordonnance radiant la déclaration déposée dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet conformément à la règle 221 — Les demandereses se sont opposées aux requêtes et ont demandé un jugement sommaire rejetant la défense des défenderesses — Sandoz Canada Inc. et Pharmascience Inc. sont toutes deux défenderesses dans une action en contrefaçon de brevet intentée par les demandereses, Merck Sharp & Dohme Corp. et Merck Canada Inc. — Ces requêtes étaient fondées sur la position des défenderesses selon laquelle l'art. 8.2 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), pris en vertu de la Loi sur les brevets, impose un délai de prescription et les actions ont été introduites après l'expiration de ce délai — Les demandereses dans les deux actions ont soutenu que ces requêtes devraient être rejetées, mais ont sollicité aussi un jugement sommaire rejetant la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription — La demanderesse, Merck Canada Inc., est autorisée par Santé Canada à vendre de la sitagliptine (vendue sous la marque nominale JANUVIA) au Canada — L'autre demanderesse, Merck Sharp & Dohme Corp., est propriétaire de trois brevets inscrits au registre des brevets pour la sitagliptine — Le 13 février 2020, les défenderesses ont toutes deux signifié à Merck Canada Inc. un avis d'allégation (AA) à l'égard de ces trois brevets inscrits</i>

to generic products subject of defendants' submissions to Health Canada — In addition to listed patents, Merck Sharp & Dohme Corp. owning Canadian Patent No. 2518435 ('435 Patent), which not listed on patent register — On June 24, 2020, plaintiffs filing statements of claim commencing actions underlying these motions, alleging that making, constructing, using or selling of sitagliptin tablets by defendants would infringe certain claims in '435 Patent — On July 17, 2020, defendants filing original versions of present motions to strike plaintiffs' Regulations, s. 8.2 actions — Plaintiffs opposing motions arguing that no 45-day limitation period as defendants asserting; that Court should consider whether to grant summary judgment in their favour; dismissing defendants' limitation period defence as raising no genuine issue for trial — Whether Regulations imposing any timing requirements for s. 8.2 actions; whether plaintiffs' claim in each action should be dismissed or struck as time-barred; whether summary judgment should be granted in favour of plaintiffs — Commencement of Regulations, s. 6(1) action automatically triggers 24-month stay of grant of NOC (s. 7(1)(d)) — Plaintiffs right in arguing that 45-day limitation period linked to this statutory stay, overall need to bring litigation to conclusion expeditiously — 45-day limitation period is function of intention that stay, if to be invoked through commencing s. 6(1) action, be invoked promptly so that it will conclude promptly — Regulatory stay applying only to s. 6(1) actions, not to those under s. 8.2 — Legislative purpose of s. 8.2 is removal of previously existing barriers to quia timet actions to facilitate legal consideration of unlisted patents, thereby address uncertainty resulting from risks associated with such patents — However, such purpose not requiring elimination of such uncertainty within any particular timeframe as no interpretation of s. 8.2 can eliminate uncertainty that potential for post-launch litigation of unlisted patents will continue to present — Rather, elimination of common law barrier achieved by s. 8.2 permitting earlier access to legal consideration; thus, earlier resolution of unlisted patent infringement claims — Therefore, no basis to conclude that relevant legislative purpose required reading down s. 8.2 to include 45-day limitation period — In conclusion, no genuine issue for trial with respect to defendants' limitation period defence — Defence as to limitation period failing — Motions by defendants dismissed; request by plaintiffs granted.

indiquant qu'une approbation réglementaire était demandée pour commercialiser et vendre un comprimé générique de sitagliptine au Canada — Moins de 45 jours plus tard, les demanderesse ont déposé des déclarations en vertu de l'art. 6(1) du Règlement contre chacune des défenderesses concernant les trois brevets visés par les AA — Par conséquent, conformément à l'art. 7(1)d) du Règlement, il y a eu un sursis automatique de 24 mois pour la délivrance d'un avis de conformité (AC) visant les médicaments génériques faisant l'objet des présentations des défenderesses à Santé Canada — En plus des brevets inscrits, Merck Sharp & Dohme Corp. est propriétaire du brevet canadien n° 2518435 (brevet '435), qui n'est pas inscrit au registre des brevets — Le 24 juin 2020, les demanderesse ont déposé des déclarations pour tenter les actions sous-tendant les présentes requêtes, dans lesquelles elles alléguaient que la fabrication, la construction, l'exploitation ou la vente de comprimés de sitagliptine par les défenderesses contreviendrait à certaines revendications du brevet '435 — Le 17 juillet 2020, les défenderesses ont déposé les versions originales des présentes requêtes en vue de faire radier les actions intentées en vertu de l'art. 8.2 du Règlement — Les demanderesse se sont opposées aux requêtes au motif qu'il n'existe pas de délai de prescription de 45 jours, comme les défenderesses l'ont prétendu; que la Cour devrait déterminer s'il y a lieu d'accorder en leur faveur un jugement sommaire qui rejeterait la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription au motif qu'elle ne soulevait pas de véritable question litigieuse — Il s'agissait de savoir si le Règlement impose des exigences quant au délai de prescription des actions intentées en vertu de l'art. 8.2; si la déclaration des demanderesse dans chaque action devait être rejetée ou radiée au motif qu'elle a été déposée après l'expiration du délai de prescription; et s'il y avait lieu d'accorder un jugement sommaire en faveur des demanderesse — L'introduction d'une action en vertu de l'art. 6(1) du Règlement déclenche automatiquement un sursis de 24 mois de la délivrance de l'AC (art. 7(1)d)) — Les demanderesse ont eu raison de soutenir qu'il existe un lien entre le délai de prescription de 45 jours pour obtenir le sursis réglementaire et la nécessité générale de mettre fin au litige dans les plus brefs délais — Le délai de prescription de 45 jours découle de l'intention que le sursis, s'il est invoqué par l'introduction d'une action en vertu de l'art. 6(1), soit invoqué rapidement afin qu'il prenne fin rapidement — Le sursis réglementaire ne s'applique qu'aux actions visées à l'art. 6(1), et non à celles visées à l'art. 8.2 — L'objet de l'art. 8.2 est de supprimer les barrières qui existaient auparavant à l'égard des actions quia timet afin de faciliter l'examen judiciaire des brevets non inscrits et, par conséquent, de dissiper l'incertitude découlant des risques associés à ces brevets — Toutefois, cet objet ne requiert pas que cette incertitude soit dissipée dans un délai donné, car aucune interprétation de l'art. 8.2 ne peut dissiper l'incertitude que continuera de présenter la possibilité qu'il y ait un litige pour contrefaçon de brevets non inscrits après le lancement de médicaments — L'élimination de la barrière de la common law réalisée par l'art. 8.2 permet un accès plus précoce à l'examen

These were two motions by the defendants seeking an order for summary judgment under rule 215 of the *Federal Courts Rules* or, in the alternative, an order striking out the statement of claim in a patent action under rule 221. Each of Sandoz Canada Inc. and Pharmascience Inc. is a defendant in a patent action brought by the plaintiffs Merck Sharp & Dohme Corp. and Merck Canada Inc. These motions were based on the defendants' position that section 8.2 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, made under the *Patent Act*, imposes a limitation period and that the within actions were commenced after expiry of this period. The plaintiffs in both actions submitted that these motions should be dismissed but also sought summary judgment, dismissing the defendants' limitation period defence. The motions were heard together.

The plaintiff, Merck Canada Inc., is authorized by Health Canada to sell the drug sitagliptin (sold under the brand name JANUVIA) in Canada. The other plaintiff, Merck Sharp & Dohme Corp., owns three patents listed in the patent register for sitagliptin. On February 13, 2020, each of the defendants served Merck Canada Inc. with a notice of allegation (NOA) in respect of those three listed patents. Each NOA indicated that regulatory approval was being sought to market and sell a generic sitagliptin tablet in Canada. Less than 45 days later, the plaintiffs issued statements of claim under subsection 6(1) of the Regulations against each of the defendants related to the three patents that were the subject of the NOAs. As a result, pursuant to paragraph 7(1)(d) of the Regulations, an automatic 24-month stay applied to the issuance of a notice of compliance (NOC) relating to the generic products that were the subject of the defendants' submissions to Health Canada. In addition to the listed patents, Merck Sharp & Dohme Corp. owns Canadian Patent No. 2518435 ('435 Patent), which is not listed on the patent register. On June 24, 2020, the plaintiffs filed statements of claim commencing the actions underlying these motions, pursuant to section 8.2 of the Regulations, alleging that the making, constructing, using or selling of sitagliptin tablets by the defendants would infringe certain claims in the '435 Patent. On July 17, 2020, the defendants filed the original versions of the present motions to strike the section 8.2 actions under rule 221. The basis of these motions was that section 8.2, properly interpreted, includes

judiciaire et, par conséquent, à un règlement plus précoce des actions en contrefaçon de brevets non inscrits — Par conséquent, il n'y avait aucune raison de conclure que l'objectif législatif en cause exigeait une interprétation atténuée de l'art. 8.2 qui comprend un délai de prescription de 45 jours — En conclusion, il n'existait pas de véritable question litigieuse dans la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription — La défense fondée sur le délai de prescription a été rejetée — Requêtes des défenderesses rejetées; demande des demanderesse accueillie.

Chaque défenderesse a déposé une requête en vue d'obtenir un jugement sommaire en application de la règle 215 des *Règles des Cours fédérales* ou, subsidiairement, une ordonnance radiant la déclaration déposée dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet conformément à la règle 221. Sandoz Canada Inc. et Pharmascience Inc. sont toutes deux défenderesses dans une action en contrefaçon de brevet intentée par les demanderesse, Merck Sharp & Dohme Corp. et Merck Canada Inc. Ces requêtes étaient fondées sur la position des défenderesses selon laquelle l'article 8.2 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, pris en vertu de la *Loi sur les brevets*, impose un délai de prescription et les actions ont été introduites après l'expiration de ce délai. Les demanderesse dans les deux actions ont soutenu que ces requêtes devraient être rejetées, mais ont demandé aussi un jugement sommaire rejetant la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription. Les requêtes ont été entendues ensemble.

La demanderesse, Merck Canada Inc., est autorisée par Santé Canada à vendre de la sitagliptine (vendue sous la marque nominale JANUVIA) au Canada. L'autre demanderesse, Merck Sharp & Dohme Corp., est propriétaire de trois brevets inscrits au registre des brevets pour la sitagliptine. Le 13 février 2020, les défenderesses ont toutes deux signifié à Merck Canada Inc. un avis d'allégation (AA) à l'égard de ces trois brevets inscrits. Chaque AA indiquait qu'une approbation réglementaire était demandée pour commercialiser et vendre un comprimé générique de sitagliptine au Canada. Moins de 45 jours plus tard, les demanderesse ont déposé des déclarations en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement contre chacune des défenderesses concernant les trois brevets visés par les AA. Par conséquent, conformément à l'alinéa 7(1)d) du Règlement, il y a eu un sursis automatique de 24 mois pour la délivrance d'un avis de conformité (AC) visant les médicaments génériques faisant l'objet des présentations des défenderesses à Santé Canada. En plus des brevets inscrits, Merck Sharp & Dohme Corp. est propriétaire du brevet canadien n° 2518435 (brevet '435), qui n'est pas inscrit au registre des brevets. Le 24 juin 2020, les demanderesse ont déposé des déclarations pour tenter, en vertu de l'article 8.2 du Règlement, les actions sous-tendant les présentes requêtes, dans lesquelles elles alléguaient que la fabrication, la construction, l'exploitation ou la vente de comprimés de sitagliptine par les défenderesses contreviendrait à certaines revendications du brevet '435. Le 17 juillet 2020, les défenderesses ont déposé les

a 45-day limitation period, which began running upon service of the NOAs, and the plaintiffs served their statements of claim for the section 8.2 actions 132 days after they received the NOAs. The plaintiffs opposed the motions arguing that there is no 45-day limitation period as the defendants asserted. They also submitted that the Court should consider whether to grant summary judgment in their favour, dismissing the defendants' limitation period defence as raising no genuine issue for trial.

The issues were whether the Regulations impose any timing requirements for section 8.2 actions; whether the plaintiffs' claim in each action should be dismissed or struck as time-barred; and whether summary judgment should be granted in favour of the plaintiffs.

Held, the defendants' motions should be dismissed and the plaintiffs' request for summary judgment should be granted.

The parties' submissions on the interpretation of section 8.2 focussed on the text of that provision and the context of other sections in the Regulations but with significant reliance on their respective positions surrounding the legislative purpose. The plaintiffs' principal submissions emphasized that section 8.2 contains no express reference to a 45-day limitation period and stands in stark contrast to subsection 6(1), which does expressly set out such a limitation. The defendants submitted that the language of section 8.2 must be read down to include a 45-day limitation period (or at least some limitation period), to facilitate the adjudication of unlisted patent infringement claims before expiry of the 24-month statutory stay applicable to subsection 6(1) infringement claims brought within the 45-day period. The divergence in the parties' proposed interpretations of section 8.2 did not turn on reliance on different authorities or the interpretive principles found therein. Rather, it was the parties' different positions on the legislative purpose surrounding section 8.2 that drove different results through the application of those principles.

Paragraph 55.2(4)(e) of the Act, which has an interpretive influence, enables the enactment of regulations with respect to not only the prevention but also the resolution, of disputes respecting the infringement of a patent. Commencement of a subsection 6(1) action automatically triggers a 24-month stay of the grant of the NOC (paragraph 7(1)(d)). The plaintiffs were

versions originales des présentes requêtes en vue de faire radier les actions intentées en vertu de l'article 8.2 du Règlement, conformément à la règle 221. Ces requêtes se fondaient sur le fait que, selon l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 8.2, cet article prévoit un délai de prescription de 45 jours, qui a commencé à courir au moment de la signification des AA, et que les demanderesse ont signifié 132 jours après avoir reçu les AA leurs déclarations pour les actions intentées en vertu de l'article 8.2. Les demanderesse se sont opposées aux requêtes au motif qu'il n'existe pas de délai de prescription de 45 jours, comme les défenderesse l'ont prétendu. Elles ont soutenu également que la Cour devrait déterminer s'il y a lieu d'accorder en leur faveur un jugement sommaire qui rejeterait la défense des défenderesse fondée sur le délai de prescription au motif qu'elle ne soulève pas de véritable question litigieuse.

Il s'agissait de savoir si le Règlement impose des exigences quant au délai de prescription des actions intentées en vertu de l'article 8.2; si la déclaration des demanderesse dans chaque action devait être rejetée ou radiée au motif qu'elle a été déposée après l'expiration du délai de prescription; et s'il y avait lieu d'accorder un jugement sommaire en faveur des demanderesse.

Jugement : les requêtes des défenderesse doivent être rejetées et la demande de jugement sommaire des demanderesse doit être accueillie.

Les observations des parties sur l'interprétation de l'article 8.2 ont mis l'accent sur le texte de cette disposition et le contexte d'autres articles du Règlement, mais se sont appuyées grandement sur leurs positions respectives concernant l'objectif législatif. Les demanderesse ont insisté principalement dans leurs observations sur le fait que l'article 8.2 ne contient aucune mention explicite d'un délai de prescription de 45 jours, ce qui contraste fortement avec le paragraphe 6(1), qui prévoit expressément un tel délai. Les défenderesse ont soutenu que le libellé de l'article 8.2 doit être interprété de façon atténuée pour prévoir un délai de prescription de 45 jours (ou au moins un certain délai de prescription) afin de permettre le règlement des actions en contrefaçon de brevets non inscrits avant l'expiration du sursis de 24 mois applicable aux actions en contrefaçon intentées en vertu du paragraphe 6(1) dans le délai de 45 jours. La différence entre les interprétations de l'article 8.2 proposées par les parties ne tenait pas à une jurisprudence différente ni aux principes d'interprétation qui y sont énoncés. En fait, ce sont les positions différentes des parties sur l'objet de l'article 8.2 qui ont donné lieu à des résultats différents dans l'application de ces principes.

L'alinéa 55.2(4)(e) de la Loi, qui a une influence pour l'interprétation de la disposition en cause, permet l'adoption de règlements non seulement en ce qui concerne la prévention, mais aussi le règlement de différends portant sur la contrefaçon d'un brevet. L'introduction d'une action en vertu du paragraphe 6(1) déclenche automatiquement un sursis de 24 mois de la délivrance

right in arguing that the 45-day limitation period is linked to this statutory stay and the overall need to bring the litigation to conclusion expeditiously. The 45-day limitation period is a function of the intention that the stay, if it is to be invoked through commencing a subsection 6(1) action, be invoked promptly so that it will conclude promptly. This is part of the balance, intended to be achieved by the Regulations, between the protection of patent rights and the early availability of generic products. However, the regulatory stay applies only to subsection 6(1) actions, not to actions under section 8.2. This point favoured the plaintiffs' argument that the purpose for the 45-day period, applicable to the former, does not apply to the latter. It would be an odd result if, through the statutory interpretation advocated by the defendants, section 8.2 actions were subject to an absolute 45-day limitation period when subsection 6(1) actions are not. There would be no logic to subjecting section 8.2 claims to an absolute bar following the expiry of 45 days when the same does not apply to claims under subsection 6(1). The plaintiffs advanced a number of points, which focussed on the specific features of the regulatory regime applicable to subsection 6(1) actions, and inapplicable to section 8.2 actions, to make a compelling case for their position. As the section 8.2 action proceeds outside the regulatory regime, the legislative purpose underlying the Regulations does not require, or indeed favour, reading down section 8.2 to include a limitation period, either the same as or comparable to that of subsection 6(1). The legislative purpose of section 8.2 is the removal of previously existing barriers to *quia timet* actions so as to facilitate legal consideration of unlisted patents and thereby address uncertainty resulting from the risks associated with such patents. However, this purpose does not require the elimination of such uncertainty within any particular timeframe, as no interpretation of section 8.2 can eliminate the uncertainty that the potential for post-launch litigation of unlisted patents will continue to present. Rather, the elimination of the common law barrier achieved by section 8.2 permits earlier access to legal consideration and, therefore, earlier resolution of unlisted patent infringement claims. This result is in keeping with the overall objective of striking a balance between effective patent enforcement and timely generic market entry. As such, there was no basis to conclude that the relevant legislative purpose required reading down section 8.2 to include a 45-day limitation period.

de l'AC (alinéa 7(1)d)). Les demanders ont eu raison de soutenir qu'il existe un lien entre le délai de prescription de 45 jours pour obtenir le sursis réglementaire et la nécessité générale de mettre fin au litige dans les plus brefs délais. Le délai de prescription de 45 jours découle de l'intention que le sursis, s'il est invoqué par l'introduction d'une action en vertu du paragraphe 6(1), soit invoqué rapidement afin qu'il prenne fin rapidement. Cela fait partie de l'équilibre, qui doit être atteint par le Règlement, entre la protection des droits de brevet et la disponibilité rapide de médicaments génériques. Toutefois, le sursis réglementaire ne s'applique qu'aux actions visées au paragraphe 6(1), et non à celles visées à l'article 8.2. Ce point a milité en faveur de l'argument des demanders selon lequel l'objet de la période de 45 jours, applicable aux actions intentées en vertu du paragraphe 6(1), ne s'applique pas aux actions fondées sur l'article 8.2. Ce serait un résultat étrange si, selon l'interprétation législative préconisée par les défenderesses, les actions intentées en vertu de l'article 8.2 étaient assujetties à un délai de prescription absolu de 45 jours, tandis que les actions intentées en vertu du paragraphe 6(1) ne le sont pas. Il n'y aurait aucune logique de soumettre les actions intentées en vertu de l'article 8.2 à une interdiction absolue après l'expiration du délai de 45 jours alors que cette interdiction ne s'applique pas aux actions fondées sur le paragraphe 6(1). Les demanders ont soulevé un certain nombre de points mettant l'accent sur les caractéristiques particulières du régime réglementaire applicable aux actions intentées en vertu du paragraphe 6(1) et inapplicables aux actions visées à l'article 8.2, et militant puissamment en faveur de leur position. Étant donné que l'action visée à l'article 8.2 n'est pas régie par le régime réglementaire, l'objectif sous-jacent du Règlement ne requiert pas, ni d'ailleurs ne préconise, une interprétation atténuée de l'article 8.2 selon laquelle cet article comprendrait un délai de prescription identique ou comparable à celui du paragraphe 6(1). L'objet de l'article 8.2 est de supprimer les barrières qui existaient auparavant à l'égard des actions *quia timet* afin de faciliter l'examen judiciaire des brevets non inscrits et, par conséquent, de dissiper l'incertitude découlant des risques associés à ces brevets. Toutefois, cet objet ne requiert pas que cette incertitude soit dissipée dans un délai donné, car aucune interprétation de l'article 8.2 ne peut dissiper l'incertitude que continuera de présenter la possibilité qu'il y ait un litige pour contrefaçon de brevets non inscrits après le lancement de médicaments. En fait, l'élimination de la barrière de la common law réalisée par l'article 8.2 permet un accès plus précoce à l'examen judiciaire et, par conséquent, à un règlement plus précoce des actions en contrefaçon de brevets non inscrits. Ce résultat est conforme à l'objectif général d'établir un équilibre entre la protection efficace des droits de brevets et l'entrée de médicaments génériques sur le marché en temps opportun. Par conséquent, il n'y avait aucune raison de conclure que l'objectif législatif en cause exigeait une interprétation atténuée de l'article 8.2 qui comprend un délai de prescription de 45 jours.

In conclusion, there was no genuine issue for trial with respect to the defendants' limitation period defence. As there was no such limitation period applicable to the within actions, that defence had to fail.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 20.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 215, 221, Tariff B, Column III.
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 54(1),(2), 55.2(4)(e), 124(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 3(7), 4(1), 5, 6(1), 6.01, 6.02, 6.09, 6.1, 6.12, 7(1)(d), 8(6), 8.1, 8.2.

CASES CITED

APPLIED:

Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc., 2018 FC 1112, 159 C.P.R. (4th) 275; *Rodriguez v. Canada*, 2018 FC 1125; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2016 FC 136, [2017] 1 F.C.R. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389, affg in part *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2008 FC 1185, [2009] 3 F.C.R. 234; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560.

CONSIDERED:

Genentech, Inc. v. Celltrion Healthcare Co., Ltd., 2019 FC 293, 165 C.P.R. (4th) 323; *Connaught Laboratories Ltd. v. Smithkline Beecham Pharma Inc.* (1998), 86 C.P.R. (3d) 36, [1998] F.C.J. No. 1851 (QL) (T.D.); *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 58 Man. R. (2d) 63; *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329, [1993] F.C.J. No. 1106 (QL) (C.A.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272, [2000] F.C.J. No. 855 (QL) (C.A.); *Apotex Inc. v. Bayer Inc.*, 2020 FCA 86, [2021] 2 F.C.R. 184.

REFERRED TO:

Lepage v. Canada, 2017 FC 1136; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; *Apotex Inc. v. Pfizer Inc.*,

En conclusion, il n'existait pas de véritable question litigieuse dans la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription. Étant donné qu'aucun délai de prescription ne s'appliquait aux actions visées en l'espèce, cette défense devait être rejetée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 54(1),(2), 55.2(4)e), 124(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 20.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 3(7), 4(1), 5, 6(1), 6.01, 6.02, 6.09, 6.1, 6.12, 7(1)d), 8(6), 8.1, 8.2.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 215, 221, tarif B, colonne III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc., 2018 CF 1112; *Rodriguez c. Canada*, 2018 CF 1125; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2016 CF 136, [2017] 1 R.C.F. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389, conf. en partie *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2008 CF 1185, [2009] 3 R.C.F. 234; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Genentech, Inc. c. Celltrion Healthcare Co., Ltd., 2019 CF 293; *Connaught Laboratories Ltd. c. Smithkline Beecham Pharma Inc.*, 1998 CanLII 8917, [1998] A.C.F. n° 1851 (QL) (1^{re} inst); *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1993] A.C.F. n° 1106 (QL) (C.A.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 855 (QL) (C.A.); *Apotex Inc. c. Bayer Inc.*, 2020 CAF 86, [2021] 2 R.C.F. 184.

DÉCISIONS CITÉES :

Lepage c. Canada, 2017 CF 1136; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Apotex Inc. c. Pfizer Inc.*, 2017 CAF 201, [2019] 2 R.C.F.

2017 FCA 201, [2019] 2 F.C.R. 263; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306.

263; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2017-166, C. Gaz. 2017.II.16.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, SOR/2017-166, Gaz. C. 2017.II.16.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

MOTIONS by defendants seeking an order for summary judgment under rule 215 of the *Federal Courts Rules* or, in the alternative, an order striking out the statement of claim in that patent action under rule 221; REQUEST by plaintiffs for summary judgment dismissing the defendants' limitation period defence. Motions by defendants dismissed; request by plaintiffs granted.

REQUÊTES des défenderesses en vue d'obtenir un jugement sommaire en application de la règle 215 des *Règles des Cours fédérales* ou, subsidiairement, une ordonnance radiant la déclaration déposée dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet conformément à la règle 221; DEMANDE des demandereses en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription. Requêtes des défenderesses rejetées; demande des demandereses accueillie.

APPEARANCES

David Tait and *Bohdana Tkachuk* for plaintiffs.
Neil Fineberg for defendant Sandoz Canada Inc.
Kavita Ramamoorthy for defendant Pharmascience Inc.

ONT COMPARU :

David Tait et *Bohdana Tkachuk* pour les demandereses.
Neil Fineberg pour la défenderesse Sandoz Canada Inc.
Kavita Ramamoorthy pour la défenderesse Pharmascience Inc.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for plaintiffs.
Fineberg Ramamoorthy LLP, Toronto, for defendants Sandoz Canada Inc. and Pharmascience Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les demandereses.
Fineberg Ramamoorthy LLP, Toronto, pour les défenderesses Sandoz Canada Inc. et Pharmascience Inc.

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

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

SOUTHCOTT J.:

LE JUGE SOUTHCOTT :

I. Overview

I. Aperçu

[1] Each of Sandoz Canada Inc. and Pharmascience Inc. is a defendant in a patent action brought by Merck

[1] Sandoz Canada Inc. et Pharmascience Inc. sont toutes deux défenderesses dans une action en contrefaçon

Sharp & Dohme Corp. and Merck Canada Inc. (Court File Nos. T-670-20 and T-673-20, respectively). Each defendant has brought a motion in the action to which it is a party, seeking an order for summary judgment under rule 215 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) or, in the alternative, an order striking out the statement of claim in that action under rule 221.

[2] These motions are based on the defendants' position that section 8.2 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the PM(NOC) Regulations or Regulations), made under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act), imposes a limitation period and that the within actions were commenced after expiry of this period.

[3] Merck Sharp & Dohme Corp. and Merck Canada Inc., the plaintiffs in both actions, submit that these motions should be dismissed but also seek summary judgment, dismissing the defendants' limitation period defence.

[4] The defendants initiated the motions in both actions by filing notices of motion on July 17, 2020. The defendants subsequently amended their notices of motion on September 4, 2020. The motions were heard together on November 23, 2020. As the parties' arguments in both matters are identical, these reasons apply to the motions in both actions.

[5] For the reasons explained in more detail below, the defendants' motions are dismissed, and the plaintiffs' request for summary judgment is granted. This case presents circumstances where it is appropriate to grant summary judgment on the issue of statutory interpretation raised by the parties. I agree with the plaintiffs' argument, that section 8.2 of the Regulations does not impose a limitation period applicable to actions commenced thereunder. My judgment will therefore dismiss the defendants' limitation period defence in each action.

de brevet intentée par Merck Sharp & Dohme Corp. et Merck Canada Inc. (dossiers de la Cour n^{os} T-670-20 et T-673-20, respectivement). Dans le cadre de l'action à laquelle elle est partie, chaque défenderesse a déposé une requête en vue d'obtenir un jugement sommaire en application de la règle 215 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), ou, subsidiairement, une ordonnance radiant la déclaration déposée dans le cadre de cette action conformément à la règle 221.

[2] Les requêtes sont fondées sur la position des défenderesses selon laquelle l'article 8.2 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement ou le Règlement sur les MB (AC)), pris en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi), impose un délai de prescription et les actions ont été introduites après l'expiration de ce délai.

[3] Merck Sharp & Dohme Corp. et Merck Canada Inc., soit les demanderesse dans les deux actions, soutiennent que ces requêtes devraient être rejetées, mais sollicitent aussi un jugement sommaire rejetant la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription.

[4] Les défenderesses ont présenté les requêtes dans les deux actions en déposant des avis de requête le 17 juillet 2020. Elles ont ensuite modifié leurs avis de requête le 4 septembre 2020. Les requêtes ont été entendues ensemble le 23 novembre 2020. Comme les arguments des parties dans les deux affaires sont identiques, les présents motifs s'appliquent aux requêtes dans les deux actions.

[5] Pour les motifs expliqués plus en détail ci-dessous, les requêtes des défenderesses sont rejetées et la demande de jugement sommaire des demanderesse est accueillie. Il existe en l'espèce des circonstances qui justifient que la Cour rende un jugement sommaire sur la question d'interprétation législative soulevée par les parties. Je suis d'accord avec l'argument des demanderesse selon lequel l'article 8.2 du Règlement n'impose pas de délai de prescription applicable aux actions intentées en vertu de cette disposition. Mon jugement rejettera donc, dans chaque action, la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription.

A. Legislative and Regulatory Background

[6] The following is a general description of the regulatory regime that represents the context for the issue in these motions. The statutory and regulatory provisions relevant to this issue will be addressed in more detail in the Analysis portion of these reasons.

[7] In order to sell a drug in Canada, pharmaceutical manufacturers must obtain authorization from Health Canada in the form of a notice of compliance (NOC) issued pursuant to regulations made under the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27. A “first person” who files a submission for an NOC for a drug may submit to the Minister of Health a list of patents related to the drug and, if it receives an NOC, may have that list placed on the patent register under the PM(NOC) Regulations (subsections 4(1) and 3(7)). When a “second person” subsequently files a submission for an NOC that references a drug in respect of which a patent is listed on the patent register, the Regulations require that second person to serve upon the first person a notice of allegation (NOA) in relation to the drug including any allegation that the listed patent is invalid (section 5 of the Regulations).

[8] Under subsection 6(1) of the Regulations, the first person or an owner of a patent who receives an NOA may, within 45 days of service of the NOA, bring an action in the Federal Court against the second person who served the NOA, seeking a declaration that the making, constructing, using, or selling of the drug in accordance with the second person’s submission would infringe the patent. The subsection 6(1) right of action applies only to listed patent(s) that are referenced in the NOA. An action brought under subsection 6(1) triggers an automatic statutory stay preventing the Minister of Health from issuing an NOC to the second person for 24 months (paragraph 7(1)(d) of the Regulations). The language of subsection 6(1) is as follows:

6 (1) The first person or an owner of a patent who receives a notice of allegation referred to in paragraph 5(3)(a) may, within 45 days after the day on which the first person is served with the notice, bring an action against the second

A. Contexte législatif et réglementaire

[6] Voici une description générale du régime réglementaire sous-jacent à la question soulevée dans les présentes requêtes. Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes sur cette question seront examinées plus en détail dans la partie « Analyse » des présents motifs.

[7] Pour vendre un médicament au Canada, les fabricants de produits pharmaceutiques doivent obtenir l’autorisation de Santé Canada sous la forme d’un avis de conformité (AC) délivré en vertu de règlements pris en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27. Une « première personne » qui dépose une demande d’AC pour un médicament peut présenter au ministre de la Santé une liste de brevets liés au médicament et, si elle reçoit un AC, faire inscrire cette liste au registre des brevets en vertu du Règlement sur les MB (AC) (paragraphe 4(1) et 3(7)). Lorsqu’une « seconde personne » dépose par la suite une demande d’AC qui renvoie à un médicament pour lequel un brevet est inscrit au registre des brevets, le Règlement exige que cette seconde personne signifie à la première personne un avis d’allégation (AA) relativement au médicament, qui inclut notamment, le cas échéant, toute allégation portant que le brevet inscrit est invalide (article 5 du Règlement).

[8] En vertu du paragraphe 6(1) du Règlement, la première personne ou le propriétaire d’un brevet qui reçoit un AA peut, dans les 45 jours suivant la signification de l’AA, intenter une action devant la Cour fédérale contre la seconde personne qui a signifié l’AA afin d’obtenir une déclaration portant que la fabrication, la construction, l’exploitation ou la vente d’un médicament, conformément à la présentation de la seconde personne, contreferaient le brevet. Le droit d’action prévu au paragraphe 6(1) ne s’applique qu’aux brevets inscrits auxquels renvoie l’AA. Une action intentée en vertu du paragraphe 6(1) déclenche un sursis automatique empêchant le ministre de la Santé de délivrer un AC à la seconde personne pendant 24 mois (alinéa 7(1)d) du Règlement). Le paragraphe 6(1) est libellé comme suit :

6 (1) La première personne ou le propriétaire d’un brevet qui reçoit un avis d’allégation en application de l’alinéa 5(3)a) peut, au plus tard quarante-cinq jours après la date à laquelle la première personne a reçu signification de

person in the Federal Court for a declaration that the making, constructing, using or selling of a drug in accordance with the submission or supplement referred to in subsection 5(1) or (2) would infringe any patent or certificate of supplementary protection that is the subject of an allegation set out in that notice.

[9] Section 8.2 of Regulations, the interpretation of which is at issue in these motions, provides a first person or patent owner the right, on receipt of an NOA, to commence an action for patent infringement that could result from the making, constructing, using, or selling of the drug that is the subject of the second person's submission. The section 8.2 right of action applies to patents other than the listed patent(s) referenced in the NOA. The language of section 8.2 is as follows:

8.2 On receipt of a notice of allegation relating to a submission or supplement, a first person or owner of a patent may, under subsection 54(1) or 124(1) of the *Patent Act*, bring an action for infringement of a patent or certificate of supplementary protection — other than one that is the subject of an allegation set out in that notice — that could result from the making, constructing, using or selling of the drug in accordance with the submission or supplement.

B. *Factual Background*

[10] The plaintiff, Merck Canada Inc., is authorized by Health Canada to sell the drug sitagliptin (sold under the brand name JANUVIA) in Canada. The other plaintiff, Merck Sharp & Dohme Corp., owns three patents listed in the patent register for sitagliptin. On February 13, 2020, each of the defendants served Merck Canada Inc. with an NOA in respect of those three listed patents. Each NOA indicated that regulatory approval was being sought to market and sell a generic sitagliptin tablet in Canada.

[11] Less than 45 days later, the plaintiffs issued statements of claim under subsection 6(1) of the PM(NOC) Regulations (in Court File Nos. T-418-20 and T-419-20)

l'avis, intenter une action contre la seconde personne devant la Cour fédérale afin d'obtenir une déclaration portant que la fabrication, la construction, l'exploitation ou la vente d'une drogue, conformément à la présentation ou au supplément visé aux paragraphes 5(1) ou (2), contreferaient tout brevet ou tout certificat de protection supplémentaire visé par une allégation faite dans cet avis.

[9] L'article 8.2 du Règlement, dont l'interprétation est en litige dans les présentes requêtes, confère à la première personne ou au propriétaire d'un brevet le droit, sur réception d'un AA, d'intenter une action en contrefaçon de brevet qui pourrait résulter de la fabrication, de la construction, de l'exploitation ou de la vente du médicament faisant l'objet de la présentation de la seconde personne. Le droit d'action prévu à l'article 8.2 s'applique aux brevets autres que ceux inscrits mentionnés dans l'AA. L'article 8.2 est rédigé comme suit :

8.2 Sur réception d'un avis d'allégation à l'égard d'une présentation ou d'un supplément, la première personne ou le propriétaire d'un brevet peut, en vertu des paragraphes 54(1) ou 124(1) de la *Loi sur les brevets*, intenter une action en contrefaçon d'un brevet ou d'un certificat de protection supplémentaire — autre qu'un brevet ou un certificat de protection supplémentaire visé par une allégation faite dans cet avis — à l'égard de la contrefaçon qui pourrait résulter de la fabrication, de la construction, de l'exploitation ou de la vente de la drogue conformément à la présentation ou au supplément.

B. *Contexte factuel*

[10] La demanderesse, Merck Canada Inc., est autorisée par Santé Canada à vendre de la sitagliptine (vendue sous la marque nominale JANUVIA) au Canada. L'autre demanderesse, Merck Sharp & Dohme Corp., est propriétaire de trois brevets inscrits au registre des brevets pour la sitagliptine. Le 13 février 2020, les défenderesses ont toutes deux signifié à Merck Canada Inc. un AA à l'égard de ces trois brevets inscrits. Chaque AA indiquait qu'une approbation réglementaire était demandée pour commercialiser et vendre un comprimé générique de sitagliptine au Canada.

[11] Moins de 45 jours plus tard, les demandereses ont déposé des déclarations en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement sur les MB (AC) (dans les dossiers n° T-418-20

against each of the defendants related to the three patents that were the subject of the NOAs. As a result, pursuant to paragraph 7(1)(d) of the Regulations, an automatic 24-month stay applies to the issuance of an NOC relating to the generic products that are the subject of the defendants' submissions to Health Canada.

[12] In addition to the listed patents, Merck Sharp & Dohme Corp. owns Canadian Patent No. 2518435 ('435 Patent), which is not listed on the patent register. On June 24, 2020, the plaintiffs filed statements of claim commencing the actions underlying these motions (in Court File Nos. T-670-02 and T-673-20), pursuant to section 8.2 of the Regulations, alleging that the making, constructing, using or selling of sitagliptin tablets by the defendants will infringe certain claims in the '435 Patent.

[13] On July 17, 2020, the defendants filed the original versions of the present motions to strike the section 8.2 actions under rule 221. The basis of these motions was that section 8.2, properly interpreted, includes a 45-day limitation period, which began running upon service of the NOAs, and the plaintiffs served their statements of claim for the section 8.2 actions 132 days after they received the NOAs.

[14] The hearing of the motions was originally scheduled for September 3, 2020. However, the defendants advised the Court in late August 2020 that they intended to amend their motions to add a request for summary judgment. After hearing submissions from the parties, Prothonotary Furlanetto issued an order dated September 11, 2020, directing that the defendants' amended motions for summary judgment and to strike would be heard on November 23, 2020, and that the plaintiffs would maintain the right to raise the rescheduling and amendments relating to these motions as an argument relevant to costs.

et T-419-20) contre chacune des défenderesses concernant les trois brevets visés par les AA. Par conséquent, conformément à l'alinéa 7(1)d) du Règlement, il y a un sursis automatique de 24 mois pour la délivrance d'un AC visant les médicaments génériques faisant l'objet des présentations des défenderesses à Santé Canada.

[12] En plus des brevets inscrits, Merck Sharp & Dohme Corp. est propriétaire du brevet canadien n° 2518435 (brevet '435), qui n'est pas inscrit au registre des brevets. Le 24 juin 2020, les demandresses ont déposé des déclarations pour intenter, en vertu de l'article 8.2 du Règlement, les actions sous-tendant les présentes requêtes (dans les dossiers n^{os} T-670-20 et T-673-20), dans lesquelles elles alléguaient que la fabrication, la construction, l'exploitation ou la vente de comprimés de sitagliptine par les défenderesses contreviendrait à certaines revendications du brevet '435.

[13] Le 17 juillet 2020, les défenderesses ont déposé les versions originales des présentes requêtes en vue de faire radier les actions intentées en vertu de l'article 8.2 du Règlement, conformément à la règle 221. Ces requêtes se fondaient sur le fait que, selon l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 8.2, cet article prévoit un délai de prescription de 45 jours, qui a commencé à courir au moment de la signification des AA, et que les demandresses ont signifié 132 jours après avoir reçu les AA leurs déclarations pour les actions intentées en vertu de l'article 8.2.

[14] Les requêtes devaient initialement être entendues le 3 septembre 2020. Toutefois, à la fin d'août 2020, les défenderesses ont informé la Cour qu'elles avaient l'intention de modifier leurs requêtes pour ajouter une demande de jugement sommaire. Après avoir entendu les observations des parties, la protonotaire Furlanetto a ordonné, le 11 septembre 2020, que les requêtes en jugement sommaire et en radiation modifiées des défenderesses soient entendues le 23 novembre 2020 et que les demandresses conservent le droit de soulever, aux fins d'adjudication des dépens, le report de l'audience et les modifications apportées à ces requêtes, ces éléments pouvant être considérés comme pertinents.

II. Issues

[15] The defendants submit that the issues to be decided in this motion are:

- A. Whether the PM(NOC) Regulations impose any timing requirements for section 8.2 actions?
- B. Whether the plaintiffs' claim in each action should be dismissed or struck as time-barred?

[16] The plaintiffs oppose the motions. They also submit that the Court should consider whether to grant summary judgment in favour of the plaintiffs, dismissing the defendants' limitation period defence as raising no genuine issue for trial.

III. Analysis

A. *Suitability of Limitation Period Issue for Summary Judgment*

[17] While this motion was originally framed as a motion to strike under rule 221, the amended motion materials and the parties' arguments at the hearing focused upon the availability of summary judgment to address the legal issue of whether a 45-day limitation period applies to actions commenced under section 8.2 of the Regulations.

[18] Subsection 215(1) [of the Rules] provides that, if on a motion for summary judgment the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the Court shall grant summary judgment accordingly. In *Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, 159 C.P.R. (4th) 275 (*Milano Pizza*), at paragraphs 24 to 41, Justice Mactavish summarized the law governing motions for summary judgment in the Federal Court, including explaining that the purpose of summary judgment is to allow the Court to summarily dispense with actions that ought not to proceed to trial because they do

II. Questions en litige

[15] Les défenderesses soutiennent que les questions à trancher dans la présente requête sont les suivantes :

- A. Le Règlement sur les MB (AC) impose-t-il des exigences quant au délai de prescription des actions intentées en vertu de l'article 8.2?
- B. La déclaration des demandresses dans chaque action devrait-elle être rejetée ou radiée au motif qu'elle a été déposée après l'expiration du délai de prescription?

[16] Les demandresses s'opposent aux requêtes. Elles soutiennent également que la Cour devrait déterminer s'il y a lieu d'accorder un jugement sommaire en faveur des demandresses qui rejeterait la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription au motif qu'elle ne soulève pas de véritable question litigieuse.

III. Analyse

A. *Caractère approprié de la question du délai de prescription pour un jugement sommaire*

[17] Bien que la présente requête ait été initialement présentée conformément à la règle 221 sous forme de requête en radiation, les documents de requête modifiés et les arguments présentés par les parties à l'audience mettaient l'accent sur la possibilité d'obtenir un jugement sommaire pour trancher la question juridique de savoir si un délai de prescription de 45 jours s'applique aux actions intentées en vertu de l'article 8.2 du Règlement.

[18] Le paragraphe 215(1) des Règles prévoit que si, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense, elle rend un jugement sommaire en conséquence. Dans la décision *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112 (*Milano Pizza*), aux paragraphes 24 à 41, la juge Mactavish a résumé le droit régissant les requêtes en jugement sommaire devant la Cour fédérale, et a notamment expliqué que les jugements sommaires ont pour objet de permettre à la Cour de statuer sommairement sur

not raise a genuine issue to be tried, thereby conserving scarce judicial resources and improving access to justice (at paragraph 25).

[19] As the defendants note, Justice Norris observed in *Rodriguez v. Canada*, 2018 FC 1125 that where there is no real dispute about the evidence, and the only dispute is about how to apply relevant legal principles, the case is something that can be readily and fairly determined in the context of a motion for summary judgment (at paragraph 24). Addressing whether a limitation period has expired is the sort of circumstance in which summary judgment may be appropriate (see, e.g., *Lepage v. Canada*, 2017 FC 1136, at paragraph 53).

[20] I need not canvass in any further detail the principles governing the availability of summary judgment, as the parties to these motions agree that the limitation period issue raised by the defendants' motions is suitable for adjudication in this manner. The plaintiffs oppose the motions, as they argue that there is no 45-day limitation period as the defendants assert. However, the plaintiffs urge the Court to find in their favour through summary judgment on this issue. In other words, while the parties dispute whether there is an applicable limitation period, they agree the Court should decide that issue, one way or the other, on these motions and enter summary judgment on that issue accordingly.

[21] Of course, if the plaintiffs prevail on this issue, summary judgment in their favour will serve only to remove one defence from the issues in these actions. However, as the defendants note in their written submissions, subsections 215(2) and (3) [of the Rules] permit the Court to grant motions for summary judgment in part. The plaintiffs also rely on *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2016 FC 136, [2017] 1 F.C.R. 3, at paragraphs 33 to 36, in which Justice Diner held that, on a motion involving the interpretation of a law, the Court could grant summary judgment in favour

des actions qui ne devraient pas se rendre à procès, parce qu'elles ne soulèvent pas de véritable question litigieuse qui devrait donner lieu à un procès, épargnant ainsi les ressources judiciaires limitées et améliorant l'accès à la justice (au paragraphe 25).

[19] Comme les défenderesses l'ont fait remarquer, dans la décision *Rodriguez c. Canada*, 2018 CF 1125, le juge Norris a fait observer que, lorsque nul ne conteste réellement la preuve et que le seul litige consiste à savoir comment appliquer les principes juridiques pertinents, l'affaire peut être tranchée facilement et équitablement dans le contexte d'une requête de jugement sommaire (au paragraphe 24). La question de savoir si un délai de prescription est expiré est le genre de circonstances pour lesquelles l'octroi d'un jugement sommaire peut être approprié (voir, par exemple, *Lepage c. Canada*, 2017 CF 1136, au paragraphe 53).

[20] Je n'ai pas besoin d'examiner plus en détail les principes qui régissent la possibilité d'obtenir un jugement sommaire parce que les parties aux présentes requêtes conviennent que la question du délai de prescription soulevée par les requêtes des défenderesses peut être tranchée de cette façon. Les demanderesses s'opposent aux requêtes au motif qu'il n'existe pas de délai de prescription de 45 jours, comme les défenderesses le prétendent. Elles exhortent toutefois la Cour à se prononcer en leur faveur en rendant un jugement sommaire sur cette question. En d'autres termes, les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir s'il existe un délai de prescription applicable, mais elles conviennent que la Cour devrait trancher cette question dans un sens ou dans l'autre dans le cadre des présentes requêtes et rendre un jugement sommaire à cet égard en conséquence.

[21] Bien sûr, si les demanderesses ont gain de cause à l'égard de cette question, un jugement sommaire en leur faveur ne servira qu'à retirer un des moyens de défense des questions soulevées dans les actions. Toutefois, comme les défenderesses le font remarquer dans leurs observations écrites, les paragraphes 215(2) et (3) des Règles permettent à la Cour d'accueillir en partie des requêtes en jugement sommaire. Les demanderesses s'appuient également sur la décision *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2016 FC 136, [2017] 1 R.C.F. 3, aux paragraphes 33

of ether party, regardless of whether a cross-motion had been filed. (See also *Milano Pizza*, at paragraph 111.)

[22] The present motions raise an issue of statutory interpretation. There is little dispute between the parties as to the surrounding facts and, in any event, the determination of the statutory interpretation issue does not require any factual determinations. I concur with the parties that this issue is suitable for adjudication through summary judgment in the present motions.

B. *Principles of Statutory Interpretation*

[23] The parties also agree on the fundamental principles governing statutory interpretation although, as will be explained later in this Analysis, they do part ways on some of the nuances of the interpretive principles identified in the authorities, and they disagree on the outcome resulting from application of these principles to the particular issue at hand.

[24] The parties agree that *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418 (*Rizzo Shoes*) is the leading authority on the so-called “modern approach” to statutory interpretation, requiring that statutory language be read in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the legislation, the object of the legislation, and the intention of Parliament (at paragraph 21). The interpretation of a statutory provision involves a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the statute as a whole (see, e.g., *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 21).

[25] The defendants also emphasize that the legislative purpose ought to be considered at every stage of a statutory analysis, including when conducting the textual analysis. To the extent the language of the text permits, interpretations that are consistent with or promote the legislative purpose should be adopted, while

à 36, où le juge Diner a conclu que, dans le cadre d’une requête concernant l’interprétation d’une loi, la Cour pouvait rendre un jugement sommaire en faveur de l’une ou l’autre des parties, peu importe qu’une requête incidente ait été déposée ou non. (Voir aussi *Milano Pizza*, au paragraphe 111.)

[22] Les présentes requêtes soulèvent une question d’interprétation législative. Les parties ne contestent pas les faits et, de toute façon, il n’est nécessaire de tirer aucune conclusion de fait pour trancher la question d’interprétation législative. Je conviens avec les parties que cette question peut être tranchée par un jugement sommaire dans le cadre des présentes requêtes.

B. *Principes d’interprétation législative*

[23] Les parties s’entendent également sur les principes fondamentaux qui régissent l’interprétation législative, bien que, comme je l’expliquerai plus loin dans la présente analyse, elles diffèrent quelque peu d’opinion sur certaines des nuances des principes d’interprétation identifiés dans la jurisprudence, et elles ne s’entendent pas sur le résultat de l’application de ces principes à la question en cause.

[24] Les parties conviennent que l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo Shoes*) est l’arrêt de principe en ce qui concerne ce que l’on appelle l’« approche moderne » en matière d’interprétation législative, qui exige que le libellé d’une loi soit interprété dans son contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur (au paragraphe 21). L’interprétation d’une disposition législative comprend une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la loi dans son ensemble (voir, par exemple, *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 21).

[25] Les défenderesses soulignent également que l’objectif législatif devrait être pris en compte à chaque étape de l’analyse législative, y compris lors de l’analyse textuelle. Dans la mesure où le libellé le permet, il faut privilégier l’interprétation qui est compatible avec l’objectif législatif ou qui en favorise la réalisation,

interpretations that defeat or undermine that purpose should be avoided (see Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014) (Sullivan), at page 260).

[26] The defendants also rely substantially on the ability, in conducting the statutory interpretation exercise, to “read down” a provision when a contextual analysis indicates that a narrow scope was intended, so as to ensure the provision aligns with the statutory purpose. In *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389, at paragraphs 87–91, the Federal Court of Appeal endorsed this approach followed by the Federal Court, distinguishing “reading down” from “reading in”. In the decision under appeal, *Apotex Inc. v. Merck & Co Inc.*, 2008 FC 1185, [2009] 3 F.C.R. 234, at paragraphs 98 to 102, Justice Hughes relied on Sullivan’s explanation of the difference between “reading down” and “reading in”. The former is described as a legitimate interpretative technique, involving adding restrictions or qualifications to give effect to the intended scope of legislation. The latter is described as expanding the reach of legislation and not a legitimate interpretative technique, other than perhaps as a constitutional remedy. Justice Hughes also explained that, while legislation is presumed to be well drafted (the so-called “presumption of perfection”), this presumption can be readily rebutted, because drafting mistakes inevitably occur.

[27] The defendants also emphasize that, when the statutory language being interpreted appears in regulations, the interpretive process must be conducted in the context of the enabling legislation and its constraints (see *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560 (*AstraZeneca*), at paragraphs 15–16).

[28] Finally, the defendants note that the history and evolution of a statute is an extrinsic aid that can be used to assist in determining legislative intent (see, e.g., *Rizzo Shoes*, at paragraph 31). Both parties rely on the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS), which accompanied the most recent amendments to the Regulations in 2017

tout en évitant celle qui fait échec à cet objectif (voir Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2014) (Sullivan), à la page 260).

[26] De plus, les défenderesses s’appuient essentiellement sur la capacité d’« interpréter de façon atténuée » une disposition, lorsqu’il ressort d’une analyse contextuelle que le législateur souhaitait que la disposition ait une portée limitée, afin que la disposition puisse s’harmoniser avec l’objet de la loi. Dans l’arrêt *Apotex Inc. c. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389, aux paragraphes 87 à 91, la Cour d’appel fédérale a souscrit à cette approche suivie par la Cour fédérale, et a fait la distinction entre « l’interprétation atténuée » et « l’interprétation large ». Dans la décision faisant l’objet de l’appel, *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2008 CF 1185, [2009] 3 R.C.F. 234, aux paragraphes 98 à 102, le juge Hughes s’est fondé sur l’explication de Sullivan concernant la différence entre « l’interprétation atténuée » et « l’interprétation large ». La première est décrite comme une technique légitime d’interprétation, qui comprend l’ajout de restrictions ou de caractéristiques pour donner effet à la portée prévue de la loi. La seconde est décrite comme un élargissement de la portée de la loi et non comme une technique légitime d’interprétation, sauf peut-être en vue d’une réparation constitutionnelle. Le juge Hughes a également expliqué que, bien que la loi soit présumée être bien rédigée (la « présomption de perfection »), cette présomption peut être facilement réfutée, car des erreurs de rédaction se produisent inévitablement.

[27] Les défenderesses soulignent également que, lorsque le libellé qui est interprété figure dans un règlement, le processus d’interprétation doit s’inscrire dans le contexte de la loi habilitante et de ses contraintes (voir *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560 (*AstraZeneca*), aux paragraphes 15–16).

[28] Enfin, les défenderesses font remarquer que l’historique et l’évolution d’une loi sont des éléments extrinsèques qui peuvent aider à déterminer l’intention du législateur (voir, par exemple, *Rizzo Shoes*, au paragraphe 31). Les deux parties s’appuient sur le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR), qui

[SOR/2017-166, *C. Gaz.* 2017.II.16], as well as RIAs applicable to previous sets of amendments, as instructive in understanding the legislative intent.

[29] I have no difficulty accepting the principles described above as relevant to the process of statutory interpretation. I will apply these principles to the interpretation of the provision at issue in these motions.

C. Sources of Legislative Purpose

[30] Conscious of the defendants' point that legislative purpose permeates all aspects of the legislative interpretation process, I begin by identifying their submissions as to the sources from which that purpose can be derived and, briefly, their respective positions on the legislative purpose.

[31] The defendants' amended written representations describe the Regulations' broad legislative purpose as follows:

29. The *Regulations* are intended to balance the interests in making safe and effective drugs available to the public while preventing abuse of the "early working" exception from patent infringement under s 55.2(1) of the *Patent Act*. The *Regulations* seek to achieve this balance by enabling legal proceedings to address patent concerns without unduly delaying access to generic medicines. This objective remained unchanged with the 2017 amendments to the *Regulations*.

[32] While the defendants' description relies in part on *AstraZeneca* (at paragraphs 15–16), which considered an earlier version of the Regulations, the defendants also note that *Genentech, Inc. v. Celltrion Healthcare Co., Ltd.*, 2019 FC 293, 165 C.P.R. (4th) 323 (*Genentech*) described the legislative purpose of the current Regulations in similar terms. Specifically, *Genentech* (at paragraph 23) relied on *AstraZeneca* in describing subsection 6(1) of the Regulations as enacted for the limited purpose of preventing infringement by a person who takes advantage of

accompagnait les plus récentes modifications apportées au Règlement en 2017 [DORS/2017-166, *Gaz. C.* 2017.II.16], ainsi que sur les REIR applicables aux séries de modifications précédentes, pour aider à comprendre l'intention du législateur.

[29] Je n'ai aucune difficulté à accepter les principes décrits ci-dessus comme étant pertinents pour le processus d'interprétation législative. J'appliquerai ces principes à l'interprétation de la disposition en cause dans les présentes requêtes.

C. Sources permettant de déterminer l'objectif législatif

[30] Compte tenu de l'argument des défenderesses selon lequel l'objectif législatif imprègne tous les aspects du processus d'interprétation législative, je commencerai par identifier leurs observations concernant les sources à partir desquelles cet objectif peut être déterminé et résumer leurs positions respectives sur l'objectif législatif.

[31] Les observations écrites modifiées des défenderesses décrivent l'objet général du Règlement :

[TRADUCTION] 29. Le Règlement vise à établir un équilibre entre l'intérêt de mettre à la disposition du public des médicaments sûrs et efficaces et la nécessité d'empêcher en même temps le recours abusif à l'exception à la contrefaçon de brevets qui concerne les « travaux préalables » visée au paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*. Le Règlement vise à atteindre cet équilibre en permettant l'introduction de procédures judiciaires pour régler certaines questions concernant les brevets sans retarder indûment l'accès aux médicaments génériques. Cet objectif est demeuré inchangé par les modifications apportées au Règlement en 2017.

[32] Bien que la description des défenderesses s'appuie en partie sur l'arrêt *AstraZeneca* (aux paragraphes 15–16), où la Cour a examiné une version antérieure du Règlement, les défenderesses font également remarquer que la décision *Genentech, Inc. c. Celltrion Healthcare Co., Ltd.*, 2019 CF 293 (*Genentech*) a décrit l'objet de la version actuelle du Règlement en termes similaires. Plus précisément, la décision *Genentech* (au paragraphe 23) s'est appuyé sur l'arrêt *AstraZeneca* pour décrire le paragraphe 6(1) du Règlement, adopté dans le but restreint d'empêcher la

the early working and stockpiling exemptions to patent infringement.

[33] Consistent with the defendants' above characterization of the broad legislative purpose of the Regulations, they also reference the following paragraph from the "Background" section of the RIAS covering the 2017 amendments [at page 33]:

The Government's pharmaceutical patent policy seeks to balance effective patent enforcement over new and innovative drugs with the timely market entry of their lower-priced generic competitors. The Regulations were intended to reflect this balance by enabling summary legal proceedings that would address patent concerns without unduly delaying access to generic medicines. Over time, the Regulations became less effective, in part because litigants commenced further litigation under the *Patent Act* (the Act) when unsatisfied with summary proceeding rulings.

[34] Against that background, the 2017 amendments incorporated into the Regulations a right of action for infringement of listed patents (see subsection 6(1)). However, the amendments also provided for rights of action related to non-listed patents (see sections 8.1 and 8.2). In relation thereto, the defendants emphasize the following paragraphs of the RIAS [at pages 48 and 49]:

Related rights of action

Not all patents are eligible for listing on the patent register (e.g. patents claiming chemical intermediates, patents claiming processes for making a drug) and not all eligible patents are necessarily listed on the register. Such patents can create legal uncertainty if there is risk that they could be infringed by the generic product. To facilitate legal consideration of such patents without expanding the scope of proceedings under the proposed Regulations, related rights of action are proposed.

...

Innovator Right of Action

The proposed Regulations would enable a first person or owner of a patent, upon receiving an NOA, to bring an

contrefaçon par une personne qui tire parti des exceptions à la contrefaçon de brevets qui concernent les travaux préalables et l'emmagasinage.

[33] Conformément à leur description exposée ci-dessus quant à l'objet général du Règlement, les défenderesses renvoient également au paragraphe suivant de la section « Contexte » du REIR visant les modifications de 2017 [à la page 33] :

La politique sur les brevets pharmaceutiques du gouvernement cherche à équilibrer, d'une part, une protection efficace des brevets visant des drogues innovantes et, d'autre part, l'entrée sur le marché en temps opportun des médicaments génériques moins coûteux qui leur font concurrence. Le *Règlement* avait pour objet d'assurer cet équilibre en permettant l'introduction de procédures judiciaires sommaires pour régler certaines questions concernant les brevets sans retarder indûment l'accès aux médicaments génériques. Avec le temps, le *Règlement* est devenu moins efficace, notamment parce que les plaideurs ont intenté des procédures additionnelles en vertu de la *Loi sur les brevets* (la *Loi*) lorsqu'ils n'étaient pas satisfaits des décisions rendues dans le cadre de la procédure sommaire.

[34] Dans ce contexte, les modifications de 2017 ont incorporé au Règlement un droit d'action pour contrefaçon de brevets inscrits (voir le paragraphe 6(1)). Toutefois, les modifications prévoyaient également des droits d'action pour contrefaçon de brevets non inscrits (voir les articles 8.1 et 8.2). À cet égard, les défenderesses soulignent les paragraphes suivants du REIR [aux pages 48 et 49] :

Droits d'action connexes

Certains brevets ne sont pas admissibles à l'inscription au registre des brevets (par exemple les brevets revendiquant un intermédiaire chimique ou le processus de fabrication d'une drogue) et les brevets admissibles ne sont pas nécessairement inscrits au registre. Ces brevets peuvent créer de l'incertitude s'ils sont susceptibles d'être contrefaits par un fabricant de produits génériques. Des droits d'action connexes sont permis pour faciliter l'examen judiciaire de ces brevets sans étendre la portée des procédures visées par le Règlement.

[...]

Droit d'action de l'innovateur

Le *Règlement* permet à la première personne ou au propriétaire d'un brevet, à la réception d'un AA, d'intenter une

action for infringement of a patent that is not the subject of an allegation in the NOA that could arise from making, constructing, using or selling a drug in accordance with the second person's submission or supplement. **This would not establish a standalone patent infringement process under the Regulations. The purpose is effectively to permit the first person or patent owner to bring an action prior to actual infringement occurring (essentially, an action *quia timet*).** [Defendants' emphasis.]

[35] Noting the above reference to *quia timet* actions, it is useful to explain at this juncture that, prior to the 2017 regulatory amendments, the common law prohibited such actions (i.e., actions seeking to restrain an activity that was threatened but had not yet violated the plaintiff's rights) except in exceptional circumstances. *Connaught Laboratories Ltd. v. Smithkline Beecham Pharma Inc.* (1998), 86 C.P.R. (3d) 36, [1998] F.C.J. No. 1851 (QL) (T.D.), at paragraph 20, explained that a statement of claim initiating a *quia timet* proceeding alleging patent infringement required: (a) allegations of a deliberate expressed intention to engage in activity the result of which would raise a strong possibility of infringement; (b) that the activity be alleged to be imminent and the resulting damage be alleged to be very substantial if not irreparable; and (c) that the facts pleaded be cogent, precise and material.

[36] As an aid to the interpretation of section 8.2 of the Regulations, the defendants also point to the enabling legislation pursuant to which section 8.2 was enacted. The parties appear to agree that the relevant subsection of the Act is paragraph 55.2(4)(e), which provides as follows:

55.2 ...

Regulations

(4) The Governor in Council may make regulations respecting the infringement of any patent that, directly or indirectly, could result or results from the making, construction, use or sale of a patented invention in accordance with subsection (1), including regulations

...

(e) respecting the prevention and resolution of disputes with respect to the infringement of a patent that

action en contrefaçon de brevet qui ne fait pas l'objet d'une allégation dans l'AA découlant de la fabrication, de la construction, de l'exploitation ou de la vente d'une drogue selon la présentation ou le supplément de la seconde personne. La disposition ne crée pas une procédure en contrefaçon distincte. Elle vise à permettre à la première personne ou au propriétaire d'un brevet d'intenter une poursuite avant qu'il y ait contrefaçon (en d'autres termes, une action *quia timet*). [Souligné par les défenderesses.]

[35] Compte tenu du renvoi ci-dessus aux actions *quia timet*, il est utile d'expliquer à ce stade-ci que, avant les modifications réglementaires de 2017, la common law interdisait de telles actions (c'est-à-dire des actions visant à restreindre une activité qui était menacée, alors que les droits du demandeur n'avaient pas encore été violés), sauf dans des circonstances exceptionnelles. Dans la décision *Connaught Laboratories Ltd. c. Smithkline Beecham Pharma Inc.*, 1998 CanLII 8917, [1998] A.C.F. n° 1851 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 20, on a expliqué qu'une déclaration dans une procédure préventive dans laquelle on alléguait une contrefaçon de brevet exigeait : a) des allégations d'une intention exprimée et délibérée de s'engager dans une activité dont le résultat implique une forte possibilité de contravention; b) que l'activité en question soit imminente et que le préjudice en résultant soit très important, sinon irréparable; c) que les faits plaidés soient pertinents, précis et déterminants.

[36] Pour aider à interpréter l'article 8.2 du Règlement, les défenderesses renvoient également à la loi habilitante en vertu de laquelle l'article 8.2 a été adopté. Les parties semblent convenir que le paragraphe pertinent de la Loi est l'alinéa 55.2(4)e), qui prévoit ce qui suit :

55.2 [...]

Rèlements

(4) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, régir la contrefaçon de tout brevet qui résulte ou pourrait résulter, de façon directe ou autrement, de la fabrication, de la construction, de l'utilisation ou de la vente, au titre du paragraphe (1), d'une invention brevetée, et notamment :

[...]

e) régir la prévention et le règlement de différends portant sur la contrefaçon d'un brevet qui pourrait

could result directly or indirectly from the manufacture, construction, use or sale of a product referred to in paragraph (a).

résulter, de façon directe ou autrement, de la fabrication, de la construction, de l'utilisation ou de la vente d'un produit visé à l'alinéa a).

[37] I do not understand the plaintiffs to take any particular issue with the defendants' reliance on the above sources to inform an understanding of the legislative purpose. The plaintiffs also rely on the following paragraph in the "Objectives" section of the RIAS for the 2017 amendments:

[37] Je ne comprends pas que les demanderesse contestent de quelque façon que ce soit le fait que les défenderesses s'appuient sur les sources susmentionnées pour comprendre l'objectif législatif. Les demanderesse s'appuient également sur le paragraphe suivant de la section « Objectifs » du REIR des modifications de 2017 :

... the Government believes these amendments would achieve a number of objectives:

[...] le gouvernement croit que les modifications apportées permettent d'atteindre bon nombre d'objectifs.

...

[...]

- Fifthly, the proposed amendments remove barriers that may prevent innovators and generics from litigating certain patents outside the Regulations prior to generic market entry.

- Cinquièmement, les modifications enlèvent des barrières qui pourraient faire en sorte que les innovateurs et les fabricants de médicaments génériques n'intenteront pas d'actions portant sur des brevets hors du cadre du *Règlement* avant l'arrivée du produit générique sur le marché.

[38] Later in this Analysis, I will return in more detail to the parties' respective positions on the legislative purpose underlying section 8.2 of the Regulations, and their arguments in support of, and derived from, those positions. However, in brief, the defendants' position is that the purpose is the pursuit of legal certainty, surrounding the risks associated with unlisted patents, before a generic product is launched. In contrast, the plaintiffs' position is that the purpose is the removal of previously existing barriers to addressing the uncertainty arising from such risks, but not necessarily the elimination of such uncertainty or risks prior to generic product launch.

[38] Plus loin dans la présente analyse, je reviendrai plus en détail sur les positions respectives des parties concernant l'objectif législatif qui sous-tend l'article 8.2 du Règlement ainsi que sur leurs arguments à l'appui de ces positions et qui en découlent. Toutefois, en bref, la position des défenderesses est que l'objet de la disposition consiste à rechercher une certitude juridique en ce qui concerne les risques associés aux brevets non inscrits avant le lancement d'un médicament générique. En revanche, la position des demanderesse est que l'objet de la disposition consiste à enlever les barrières qui existaient auparavant pour dissiper l'incertitude découlant de ces risques, mais pas nécessairement pour dissiper cette incertitude ou éliminer ces risques avant le lancement d'un médicament générique.

D. Consideration of Text and Context

D. Examen du texte et du contexte

[39] I now turn to the issue in dispute, whether section 8.2 imposes a limitation period as argued by the defendants. Consistent with the applicable jurisprudence, the parties' submissions on the interpretation of section 8.2 focus on the text of that provision and the context of other sections in the Regulations, but with significant reliance

[39] Je me pencherai maintenant sur la question en litige, à savoir celle de savoir si l'article 8.2 impose un délai de prescription, comme l'ont fait valoir les défenderesses. Conformément à la jurisprudence applicable, les observations des parties sur l'interprétation de l'article 8.2 mettent l'accent sur le texte de cette disposition et le contexte

on their respective positions surrounding the legislative purpose.

[40] For ease of reference, the text of section 8.2 is as follows:

8.2 On receipt of a notice of allegation relating to a submission or supplement, a first person or owner of a patent may, under subsection 54(1) or 124(1) of the *Patent Act*, bring an action for infringement of a patent or certificate of supplementary protection—other than one that is the subject of an allegation set out in that notice—that could result from the making, constructing, using or selling of the drug in accordance with the submission or supplement.

[41] Focusing upon both text and context, the plaintiffs' principal submissions emphasize that section 8.2 contains no express reference to a 45-day limitation period and stands in stark contrast to subsection 6(1), which does expressly set out such a limitation. The plaintiffs argue subsection 6(1) demonstrates that those who drafted the Regulations clearly knew how to include a limitation period, and the fact they failed to do so in section 8.2 demonstrates that no limitation period was intended to apply to actions under that section. The plaintiffs rely on similar reasoning in *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, (1999), 179 D.L.R. (4th) 577, at paragraphs 63 to 65. They also note the point expressed by the Supreme Court of Canada in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, at paragraph 37, that there is no reason to think that a legislature would choose to use two different drafting techniques to achieve the same result in the same statute.

[42] While these arguments are simple, they are compelling. However, I remain conscious of the defendants' submission that the authorities caution against taking a purely literal approach to statutory interpretation. Even if the words of a legislative provision appear clear, it is necessary to go beyond the text and consider both the context and the legislative purpose (see *Apotex Inc. v. Pfizer Inc.*,

d'autres articles du Règlement, mais s'appuient grandement sur leurs positions respectives concernant l'objectif législatif.

[40] Par souci de commodité, je reproduis le texte de l'article 8.2 :

8.2 Sur réception d'un avis d'allégation à l'égard d'une présentation ou d'un supplément, la première personne ou le propriétaire d'un brevet peut, en vertu des paragraphes 54(1) ou 124(1) de la *Loi sur les brevets*, intenter une action en contrefaçon d'un brevet ou d'un certificat de protection supplémentaire — autre qu'un brevet ou un certificat de protection supplémentaire visé par une allégation faite dans cet avis — à l'égard de la contrefaçon qui pourrait résulter de la fabrication, de la construction, de l'exploitation ou de la vente de la drogue conformément à la présentation ou au supplément.

[41] Mettant l'accent sur le texte et le contexte, les demanderesse insistent principalement dans leurs observations sur le fait que l'article 8.2 ne contient aucune mention explicite d'un délai de prescription de 45 jours, ce qui contraste fortement avec le paragraphe 6(1), qui prévoit expressément un tel délai. Elles soutiennent que le paragraphe 6(1) démontre que les rédacteurs du Règlement savaient clairement comment prévoir un délai de prescription, et que le fait qu'ils ne l'aient pas fait à l'article 8.2 démontre qu'ils ne souhaitaient prévoir aucun délai de prescription pour les actions intentées en vertu de cet article. Les demanderesse s'appuient sur un raisonnement similaire exposé dans l'arrêt *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, aux paragraphes 63 à 65. Elles soulignent également la remarque de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, au paragraphe 37, selon laquelle rien ne permet de penser que le législateur aurait choisi d'adopter, dans une même loi, deux techniques législatives différentes pour atteindre un même résultat.

[42] Ces arguments sont simples mais convaincants. Je garde toutefois à l'esprit l'observation des défenderesse selon laquelle la jurisprudence met en garde contre l'adoption d'une approche purement littérale en matière d'interprétation législative. Même si les termes d'une disposition législative semblent clairs, il faut aller au-delà du texte et examiner le contexte et l'objectif législatif (voir *Apotex*

2017 FCA 201, [2019] 2 F.C.R. 263, at paragraphs 50–51). Before considering other arguments by the plaintiffs, I will explain those advanced by the defendants to support their position that a limitation period applies to section 8.2, notwithstanding the absence of express words to that effect in the section.

[43] Focusing upon the text of section 8.2, the defendants note that it affords the right of action “[o]n receipt of a notice of allegation”. They observe that the provision does not use the language, “[o]n or after receipt of a notice of allegation”. Rather, the words chosen imply an immediacy, and they argue that meaning must be given to those words that achieves the intended legislative purpose of the section and the regime overall.

[44] Like the plaintiffs, the defendants also rely on subsection 6(1) as context, but they argue that the express 45-day limitation period in subsection 6(1) supports their interpretation, as they submit that consistency in the timing of commencement and therefore resolution of infringement actions, related to listed and unlisted patents, is necessary in order to achieve the legislative intent. As previously noted, the defendants rely on the ability to “read down” a statutory provision, to limit or qualify express language in order to achieve that intent.

[45] The defendants submit that, to achieve the legislative purpose of section 8.2 and address the legal uncertainty associated with the risk that unlisted patents could be infringed by the generic product that is the subject of an NOA, such uncertainty must be addressed in a timely manner. The defendants argue that, to allow a first person to bring a section 8.2 action whenever it wishes after being served with an NOA would fail to address that uncertainty, as section 8.2 litigation (along with the possibility of the first person seeking injunctive relief) could continue beyond the period when subsection 6(1) litigation on listed patents is resolved.

Inc. c. Pfizer Inc., 2017 CAF 201, [2019] 2 R.C.F. 263, aux paragraphes 50 et 51). Avant d’examiner d’autres arguments des demanderesse, j’expliquerai ceux présentés par les défenderesses pour appuyer leur position selon laquelle un délai de prescription s’applique à l’article 8.2 malgré l’absence de termes explicites à cet effet dans l’article.

[43] Mettant l’accent sur le texte de l’article 8.2, les défenderesses font remarquer qu’il confère le droit d’action « [s]ur réception d’un avis d’allégation ». Elles ajoutent que la disposition n’utilise pas le libellé « [s]ur ou après la réception d’un avis d’allégation ». Les termes choisis laissent plutôt entendre une immédiateté, et elles soutiennent qu’il faut donner un sens aux termes qui permettent d’atteindre l’objet de l’article comme de l’ensemble du régime.

[44] Comme les demanderesse, les défenderesses s’appuient également sur le paragraphe 6(1) comme contexte, mais elles soutiennent que le délai de prescription de 45 jours prévu au paragraphe 6(1) appuie leur interprétation, car il est, selon elles, nécessaire d’assurer l’uniformité du moment où on peut intenter et donc régler des actions en contrefaçon de brevets inscrits et non inscrits afin de réaliser l’intention du législateur. Comme je l’ai déjà dit, les défenderesses se fondent sur la capacité d’« interpréter de façon atténuée » une disposition législative, de limiter ou de qualifier le libellé explicite afin de réaliser cette intention.

[45] Les défenderesses soutiennent que, pour atteindre l’objet de l’article 8.2 et dissiper l’incertitude juridique associée au risque que des brevets non inscrits soient contrefaits par le médicament générique visé par un AA, cette incertitude doit être dissipée en temps opportun. Elles font valoir que le fait de permettre à une première personne d’intenter une action en vertu de l’article 8.2 chaque fois qu’elle le désire après qu’un AA lui a été signifié ne permettrait pas de dissiper cette incertitude, car un litige dans le cadre de l’article 8.2 (ainsi que la possibilité pour la première personne de demander une injonction) pourrait se poursuivre après le délai dans lequel un litige pour contrefaçon de brevets inscrits en vertu du paragraphe 6(1) doit être tranché.

[46] Indeed, the defendants raise the spectre of a first person commencing multiple and serial section 8.2 actions. They argue this would frustrate the broad legislative purpose of facilitating timely entry of generic products to market and the specific legislative purpose underlying section 8.2 of addressing legal uncertainty surrounding the effect of unlisted patents upon such market entry. The defendants note the issue of “evergreening,” the concern about late-appearing patents frustrating generic market entry (see, e.g., *AstraZeneca*, at paragraph 39, for a discussion of the issue) that existed prior to 2006 amendments to the Regulations. Those amendments addressed that concern through a patent register that is “frozen” at the time a generic files a submission for an NOC. The defendants argue that, without a limitation period applicable to section 8.2 actions, the potential for evergreening will reappear, as first persons can file serial lawsuits related to unlisted patents and thereby frustrate generic market entry.

[47] The defendants therefore argue that the language “[o]n receipt of a notice of allegation” in section 8.2 must be interpreted to mean that a section 8.2 action must be brought immediately upon receipt of an NOA and, at latest, within 45 days of such receipt. While section 8.2 does not include a reference to a 45-day limitation period, the defendants contend that reading down the language to include such a limitation is necessary to facilitate the adjudication of unlisted patent infringement claims within the pendency of the 24-month statutory stay that results from subsection 6(1) infringement claims brought within the 45-day period.

[48] In response to these arguments, the plaintiffs submit that the Court cannot disregard the actual words chosen by the legislator and rewrite the legislation (see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at paragraph 40). They also rely on *Friesen v. Canada*, [1995]

[46] En fait, les défenderesses évoquent le spectre d’une première personne qui intente des actions successives en vertu de l’article 8.2. Elles soutiennent que cette possibilité irait à l’encontre tant de l’objectif législatif général de permettre l’entrée en temps opportun de médicaments génériques sur le marché que de l’objet particulier sous-tendant l’article 8.2, à savoir dissiper l’incertitude juridique quant à l’effet des brevets non inscrits sur cette entrée sur le marché. Les défenderesses soulèvent le problème de la « perpétuation » des brevets, préoccupation au sujet des brevets qui apparaissent tardivement et entravent l’entrée de médicaments génériques sur le marché (voir, par exemple, *AstraZeneca*, au paragraphe 39, pour un examen de la question) qui existait avant les modifications apportées au Règlement en 2006. Ces modifications répondaient à cette préoccupation en « gelant » le registre des brevets en date du dépôt d’une demande d’AC pour un médicament générique. Les défenderesses font valoir que, sans un délai de prescription applicable aux actions intentées en vertu de l’article 8.2, la possibilité que des brevets soient perpétués réapparaîtra, car les premières personnes peuvent intenter des poursuites successives à l’égard de brevets non inscrits et ainsi empêcher l’entrée de médicaments génériques sur le marché.

[47] Par conséquent, les défenderesses soutiennent que le libellé « [s]ur réception d’un avis d’allégation » à l’article 8.2 doit être interprété comme signifiant qu’une action fondée sur l’article 8.2 doit être intentée immédiatement après la réception d’un AA et, au plus tard, dans les 45 jours suivant cette réception. Bien que l’article 8.2 ne mentionne aucun délai de prescription de 45 jours, les défenderesses soutiennent qu’il est nécessaire d’interpréter de façon atténuée le libellé de la disposition pour inclure ce délai de prescription afin de permettre le règlement des actions en contrefaçon de brevets non inscrits à l’intérieur du sursis de 24 mois qui résulte des actions en contrefaçon intentées en vertu du paragraphe 6(1) dans le délai de 45 jours.

[48] En réponse à ces arguments, les demanderesse affirment que la Cour ne peut faire fi des termes que le législateur a effectivement employés et réécrire la loi (voir *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, au paragraphe 40). Elles s’appuient également sur

3 S.C.R. 103, (1995), 127 D.L.R. (4th) 193 (*Friesen*), for the proposition that the Court should not accept an interpretation which requires the insertion of extra wording when there is another acceptable interpretation that does not require that extra wording (at paragraph 41). Also, in *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at page 1387, (1989), 58 Man. R. (2d) 63 (*Zeolkowski*), the Supreme Court referred to giving the same words the same meaning throughout a statute as a basic principle of statutory interpretation.

[49] The defendants question the currency of the principles expressed in *Friesen* and *Zeolkowski*, noting that both pre-date *Rizzo Shoes*. I accept that there may be circumstances where a previous judicial expression of an interpretive principle may have to give way to the governing principles of the modern approach. However, in the absence of any compelling submissions identifying inconsistencies between the principles in those authorities and those explained in *Rizzo Shoes*, I see no reason to reject the guidance contained in the older authorities. Nor do I regard the application of the older authorities to guide the Court to a different result in the present matters than do the principles articulated in *Rizzo Shoes* and subsequent jurisprudence.

[50] The plaintiffs point out that subsection 6(1) and section 8.2 employ similar language in referring to the effect of receipt of an NOA. Subsection 6(1) states that, “[t]he first person or owner of a patent who receives a notice of allegation ... may ... bring an action”. Section 8.2 states that “[o]n receipt of a notice of allegation ... a first person or owner of a patent may ... bring an action”. The plaintiffs acknowledge that this language is not identical in the two provisions, but they argue it is sufficiently alike that the principle expressed in *Zeolkowski* applies.

[51] While accepting the value of the guidance in *Zeolkowski*, I am not convinced it assists the plaintiffs in these particular matters. The defendants rely on the use of the words “[o]n receipt” in section 8.2. These words are not reproduced identically in subsection 6(1). I therefore do not

l’arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103 (*Friesen*), pour soutenir que la Cour ne devrait pas accepter une interprétation qui nécessite l’ajout de mots lorsqu’il existe une autre interprétation acceptable qui ne requiert aucun ajout de cette nature (au paragraphe 41). De plus, dans l’arrêt *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378 (*Zeolkowski*), à la page 1387, la Cour suprême a déclaré que donner aux mêmes mots le même sens dans l’ensemble d’une loi est un principe de base en matière d’interprétation des lois.

[49] Les défenderesses remettent en question la validité des principes énoncés dans les arrêts *Friesen* et *Zeolkowski*, faisant remarquer que les deux arrêts sont antérieurs à l’arrêt *Rizzo Shoes*. J’admets qu’il peut y avoir des circonstances où une expression judiciaire antérieure d’un principe d’interprétation peut devoir céder la place aux principes directeurs de l’approche moderne. Toutefois, en l’absence de toute observation convaincante faisant état d’incohérences entre les principes énoncés dans ces arrêts et ceux expliqués dans l’arrêt *Rizzo Shoes*, je ne vois aucune raison de rejeter les enseignements de la jurisprudence plus ancienne. Je ne considère pas non plus que les principes exposés dans les précédents plus anciens orientent la Cour vers un résultat différent dans les présentes affaires de ceux formulés dans l’arrêt *Rizzo Shoes* et la jurisprudence subséquente.

[50] Les demanderesses soulignent que le paragraphe 6(1) et l’article 8.2 emploient un libellé similaire pour expliquer l’effet de la réception d’un AA. Le paragraphe 6(1) prévoit que « [l]a première personne ou le propriétaire d’un brevet qui reçoit un avis d’allégation [...] peut [...] intenter une action », et l’article 8.2 que « [s]ur réception d’un avis d’allégation [...] la première personne ou le propriétaire d’un brevet peut [...] intenter une action ». Les demanderesses reconnaissent que ce libellé n’est pas identique dans les deux dispositions, mais il est, selon elles, suffisamment similaire pour que le principe exprimé dans l’arrêt *Zeolkowski* s’applique.

[51] J’accepte la valeur des enseignements de l’arrêt *Zeolkowski*, mais je ne suis pas convaincu qu’ils aident les demanderesses dans les présentes affaires particulières. Les défenderesses s’appuient sur l’emploi des termes « [s]ur réception » à l’article 8.2. Ces termes ne sont pas reproduits

consider *Zeolkowski* to necessarily guide the Court to the result advocated by the plaintiffs.

[52] Turning to *Friesen*, considering whether there is an acceptable interpretation of the provision at issue that does not require extra wording strikes me as similar to the interpretive exercise of considering whether or not respect for legislative purpose requires reading down through the insertion of qualifying wording. I therefore do not consider *Friesen* to conflict with the interpretive process that the defendants argue must be conducted.

[53] In my view, the divergence in the parties' proposed interpretations of section 8.2 does not turn on reliance on different authorities or the interpretive principles found therein. Rather, it is the parties' different positions on the legislative purpose surrounding section 8.2 which drives different results through the application of those principles. I will now consider the parties' arguments in support of those positions.

E. *Consideration of Legislative Purpose*

[54] As previously explained, the defendants submit that the language of section 8.2 must be read down to include a 45-day limitation period (or at least some limitation period), to facilitate the adjudication of unlisted patent infringement claims before expiry of the 24-month statutory stay applicable to subsection 6(1) infringement claims brought within the 45-day period. Otherwise, outstanding section 8.2 claims may frustrate the market entry of generics, even though all subsection 6(1) claims have been resolved. The defendants argue this interpretation of section 8.2 is necessary to achieve the legislative purpose of that section, the pursuit of legal certainty in respect of unlisted patents before a generic product is launched.

[55] In support of this articulation of the purpose of section 8.2, the defendants rely on the statements in the 2017 RIAs cited earlier in these reasons. In summary, the RIAs states that rights of action are proposed to facilitate legal

de façon identique au paragraphe 6(1). Je ne considère donc pas que l'arrêt *Zeolkowski* oriente nécessairement la Cour vers le résultat préconisé par les demanderesse.

[52] En ce qui concerne l'arrêt *Friesen*, la question de savoir s'il existe une interprétation acceptable de la disposition en cause qui ne nécessite pas l'ajout de mots me semble similaire à l'exercice d'interprétation consistant à déterminer si le respect de l'objectif législatif requiert ou non une interprétation atténuée par l'ajout de mots qualificatifs. Je n'estime donc pas que *Friesen* est en conflit avec le processus d'interprétation qui, selon les défenderesses, devrait être mené.

[53] À mon avis, la différence entre les interprétations de l'article 8.2 proposées par les parties ne tient pas à une jurisprudence différente ni aux principes d'interprétation qui y sont énoncés. En fait, ce sont les positions différentes des parties sur l'objet de l'article 8.2 qui donnent lieu à des résultats différents dans l'application de ces principes. J'examinerai maintenant les arguments des parties à l'appui de ces positions.

E. *Examen de l'objectif législatif*

[54] Comme je l'ai expliqué ci-dessus, les défenderesses soutiennent que le libellé de l'article 8.2 doit être interprété de façon atténuée pour prévoir un délai de prescription de 45 jours (ou au moins un certain délai de prescription) afin de permettre le règlement des actions en contrefaçon de brevets non inscrits avant l'expiration du sursis de 24 mois applicable aux actions en contrefaçon intentées en vertu du paragraphe 6(1) dans le délai de 45 jours. Autrement, les actions en suspens intentées en vertu de l'article 8.2 peuvent entraver l'entrée de médicaments génériques sur le marché, même si toutes les actions intentées en vertu du paragraphe 6(1) ont été réglées. Les défenderesses affirment que cette interprétation de l'article 8.2 est nécessaire pour atteindre l'objet de cet article, soit la recherche d'une certitude juridique à l'égard des brevets non inscrits avant le lancement d'un médicament générique.

[55] À l'appui de cette explication de l'objet de l'article 8.2, les défenderesses invoquent les énoncés du REIR de 2017 cités précédemment dans les présents motifs. En résumé, le REIR indique que des droits d'action

consideration of unlisted patents that can create legal uncertainty, and (apparently in relation to section 8.2) it expressly refers to the “purpose” as permitting a first person to bring an action prior to actual infringement occurring.

[56] The defendants also rely on the enabling paragraph 55.2(4)(e) of the Act, noting in particular the reference in that section to the prevention of disputes with respect to the infringement of a patent. They argue that the prevention of infringement by a generic product for which an NOC is sought is possible only if the action under the enabled section of the Regulations is brought immediately upon service of the NOA, so that resulting litigation can be concluded prior to the product entering the market.

[57] The defendants’ arguments are not without merit, as I accept that the legal uncertainty associated with unlisted patents is reduced sooner if litigation surrounding those patents is commenced, and therefore resolved, promptly. I also accept the argument that the prevention of disputes with respect to the infringement of a patent is achieved by adjudication of potential infringement concerns before the potentially infringing product is launched. However, I am not convinced that the purpose of the Regulations, or section 8.2 in particular, should be understood exactly as the defendants advocate, or that the purpose drives the interpretation that the defendants urge the Court to adopt.

[58] Examining first the interpretive influence of paragraph 55.2(4)(e) of the Act, I note that it enables the enactment of regulations with respect to not only the prevention, but also the resolution, of disputes with respect to the infringement of a patent. This point detracts from the defendants’ argument that section 8.2 has a strictly preventative mandate that requires it be interpreted to permit only actions that are commenced quickly, and therefore capable of completion, prior to potential infringement. Even if one were to construe “prevention” as relating solely to litigation that concludes before generic product launch and “resolution” as relating to litigation that concludes after

sont proposés pour faciliter l’examen judiciaire des brevets non inscrits qui peuvent créer une incertitude juridique, et (apparemment en ce qui concerne l’article 8.2) il renvoie explicitement à l’« objectif » de permettre à la première personne d’intenter une poursuite avant qu’il y ait contrefaçon.

[56] Les défenderesses invoquent également l’alinéa 55.2(4)e) habilitant de la Loi, et soulignent en particulier le renvoi dans cet article à la prévention de différends portant sur la contrefaçon d’un brevet. Elles font valoir que la prévention de la contrefaçon par un médicament générique pour lequel un AC est demandé n’est possible que si l’action fondée sur l’article du Règlement pris en vertu de la disposition habilitante est intentée immédiatement après la signification de l’AA, de sorte que le litige qui en résulte peut être tranché avant l’entrée du produit sur le marché.

[57] Les arguments des défenderesses ne sont pas sans fondement, car j’admets que l’incertitude juridique associée aux brevets non inscrits est réduite plus tôt si la procédure relative aux brevets est introduite et, par conséquent, réglée rapidement. J’admets également l’argument selon lequel la prévention des différends portant sur la contrefaçon d’un brevet est possible si la Cour se prononce sur les préoccupations relatives à la contrefaçon potentielle avant le lancement du produit susceptible d’être contrefait. Toutefois, je ne suis pas convaincu que l’objet du Règlement, ou de l’article 8.2 en particulier, devrait être compris exactement comme le préconisent les défenderesses, ou que cet objet oriente l’interprétation que les défenderesses exhortent la Cour à adopter.

[58] En examinant d’abord l’influence de l’alinéa 55.2(4)e) de la Loi pour l’interprétation de la disposition en cause, je remarque qu’il permet l’adoption de règlements non seulement en ce qui concerne la prévention, mais aussi le règlement de différends portant sur la contrefaçon d’un brevet. Ce point ne va pas dans le sens de l’argument des défenderesses selon lequel l’article 8.2 a un but strictement préventif qui requiert qu’il soit interprété de manière à permettre uniquement les actions qui sont introduites rapidement et, par conséquent, susceptibles d’être conclues avant une potentielle contrefaçon. Même si l’on devait interpréter la « prévention »

such launch, paragraph 55.2(4)(e) enables the enactment of regulations with respect to both. Moreover, the plaintiffs make the valid point that even litigation which does not conclude until after product launch serves to prevent infringement (if the first person is successful) following judgment.

[59] Turning to the 2017 RIAs, in addition to the paragraphs upon which the defendants rely, the plaintiffs note the paragraph that describes the 2017 amendments as removing barriers that may prevent innovators and generics from litigating certain patents outside the Regulations prior to generic market entry. The plaintiffs argue that the legislative intention is that actions brought under section 8.2 not form part of the regulatory regime created by the Regulations. While the Regulations govern subsection 6(1) actions, section 8.2 actions are brought outside that regime, with the sole impact of Regulations on such actions being the elimination of the common law barriers to *quia timet* actions.

[60] I agree that such a purpose can be inferred from the language of the RIAs. I also agree with the plaintiffs' submission that the intention that section 8.2 actions proceed independently of the regulatory regime applicable to subsection 6(1) actions can be inferred from other provisions of the Regulations. As previously noted, commencement of a subsection 6(1) action automatically triggers a 24-month stay of the grant of the NOC (paragraph 7(1)(d)). The plaintiffs refer to *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329, [1993] F.C.J. No. 1106 (QL) (C.A.), at paragraphs 12 to 14, as linking the 45-day limitation period to the statutory stay and the overall need to bring the litigation to conclusion expeditiously.

comme se rapportant uniquement aux litiges qui se terminent avant le lancement du médicament générique, et le « règlement » comme se rapportant aux litiges qui se terminent après ce lancement, l'alinéa 55.2(4)e) permet l'adoption de règlements à ces deux fins. De plus, les demanderesse font valoir de façon valable que même un litige qui ne se termine qu'après le lancement du produit sert à prévenir la contrefaçon (si la première personne a gain de cause) après le jugement.

[59] En ce qui concerne le REIR de 2017, en plus des paragraphes sur lesquels s'appuient les défenderesses, les demanderesse soulignent le paragraphe qui explique que les modifications de 2017 enlèvent les barrières qui pourraient faire en sorte que les innovateurs et les fabricants de médicaments génériques n'intenteront pas d'actions portant sur des brevets hors du cadre du Règlement avant l'entrée du médicament générique sur le marché. Les demanderesse font valoir que l'intention du législateur est que les actions intentées en vertu de l'article 8.2 ne fassent pas partie du régime réglementaire créé par le Règlement. Le Règlement régit les actions intentées en vertu du paragraphe 6(1), mais les actions visées à l'article 8.2 sont intentées hors du cadre de ce régime, et le seul effet du Règlement sur ces actions est d'enlever les barrières que la common law créait à l'égard des actions *quia timet*.

[60] Je suis d'accord qu'un tel objet peut être déduit du libellé du REIR. Je suis également d'accord avec l'argument des demanderesse selon lequel on peut déduire d'autres dispositions du Règlement que le législateur souhaitait que les actions fondées sur l'article 8.2 soient introduites indépendamment du régime réglementaire applicable aux actions intentées en vertu du paragraphe 6(1). Comme je l'ai déjà mentionné, l'introduction d'une action en vertu du paragraphe 6(1) déclenche automatiquement un sursis de 24 mois de la délivrance de l'AC (alinéa 7(1)d)). Les demanderesse renvoient à l'arrêt *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1993] A.C.F. n° 1106 (QL) (C.A.), aux paragraphes 12 à 14, pour soutenir qu'il existe un lien entre le délai de prescription de 45 jours pour obtenir le sursis réglementaire et la nécessité générale de mettre fin au litige dans les plus brefs délais.

[61] I accept the plaintiffs' submission that these features of the subsection 6(1) action are linked. The 45-day limitation period is a function of the intention that the stay, if it is to be invoked through commencing a subsection 6(1) action, be invoked promptly so that it will conclude promptly. This is part of the balance, intended to be achieved by the Regulations, between the protection of patent rights and the early availability of generic products. However, the regulatory stay applies only to subsection 6(1) actions, not to actions under section 8.2. This point favours the plaintiffs' argument that the purpose for the 45-day period, applicable to the former, does not apply to the latter.

[62] Of course, a first person may seek a judicial stay in the context of a section 8.2 action. However, such a stay is discretionary, and whether it will be available will depend upon an assessment of the particular circumstances of the matter in which it is sought. It is the automatic nature of the 24-month stay triggered by subsection 6(1) actions that creates the need for the 45-day limitation period. In my view, the potential availability of the discretionary remedy of a judicial stay does not suggest a need for a similar limitation period applicable to claims under section 8.2.

[63] The plaintiffs note that there are other provisions of the Regulations, which are also designed to achieve the expeditious advancement of subsection 6(1) actions. Such an action is automatically a specially managed proceeding under the Rules (section 6.1 of the Regulations), and there are provisions which require, or are designed to incentivize, diligence by the parties in conducting the proceeding (sections 6.09, 6.12, and subsection 8(6)). These provisions do not apply to section 8.2 actions. Again, this difference favours the plaintiffs' position that the 45-day limitation period, which is linked to the need for expeditious advancement of subsection 6(1) proceedings, is not intended to apply to section 8.2.

[61] J'admets l'argument des demandresses selon lequel ces caractéristiques de l'action intentée en vertu du paragraphe 6(1) sont liées. Le délai de prescription de 45 jours découle de l'intention que le sursis, s'il est invoqué par l'introduction d'une action en vertu du paragraphe 6(1), soit invoqué rapidement afin qu'il prenne fin rapidement. Cela fait partie de l'équilibre, qui doit être atteint par le Règlement, entre la protection des droits de brevet et la disponibilité rapide de médicaments génériques. Toutefois, le sursis réglementaire ne s'applique qu'aux actions visées au paragraphe 6(1), et non à celles visées à l'article 8.2. Ce point milite en faveur de l'argument des demandresses selon lequel l'objet de la période de 45 jours, applicable aux actions intentées en vertu du paragraphe 6(1), ne s'applique pas aux actions fondées sur l'article 8.2.

[62] Bien entendu, une première personne peut demander un sursis judiciaire dans le cadre d'une action intentée en vertu de l'article 8.2. Toutefois, ce sursis est discrétionnaire et la question de savoir s'il sera possible d'y recourir dépendra de l'évaluation des circonstances particulières de l'affaire dans le cadre de laquelle il est demandé. C'est la nature automatique du sursis de 24 mois déclenché par les actions visées au paragraphe 6(1) qui crée le besoin d'un délai de prescription de 45 jours. À mon avis, la possibilité d'obtenir de la Cour un sursis discrétionnaire n'indique pas qu'il est nécessaire qu'il y ait un délai de prescription similaire applicable aux actions intentées en vertu de l'article 8.2.

[63] Les demandresses font remarquer qu'il existe d'autres dispositions du Règlement qui visent également à faire progresser rapidement les actions fondées sur le paragraphe 6(1). Celles-ci sont automatiquement gérées à titre d'instance spéciale conformément aux Règles (article 6.1 du Règlement), et certaines dispositions exigent ou visent à inciter les parties à faire preuve de diligence dans la tenue de l'instance (articles 6.09, 6.12 et paragraphe 8(6)). Ces dispositions ne s'appliquent pas aux actions intentées en vertu de l'article 8.2. Encore une fois, cette différence milite en faveur de la position des demandresses selon laquelle le délai de prescription de 45 jours, qui est lié à la nécessité d'une progression rapide des instances fondées sur le paragraphe 6(1), ne vise pas à s'appliquer à l'article 8.2.

[64] The plaintiffs emphasize in particular the effect of section 6.01 of the Regulations, which expressly prohibits any patent action against the second person for infringement of a patent that is the subject of an NOA, other than an action under subsection 6(1), unless the first person did not within the 45-day limitation period have a reasonable basis for bringing the action. The effect is to make subsection 6(1) actions brought within the limitation period an exclusive remedy, unless the “reasonable basis” exception applies. The potential availability of the exception militates against the defendants’ position. The plaintiffs argue, and I agree, that it would be an odd result if, through the statutory interpretation advocated by the defendants, section 8.2 actions were subject to an absolute 45-day limitation period when subsection 6(1) actions are not.

[65] In so concluding, I am conscious of the submission by the defendants that its proposed interpretation would not mean that, if the 45-day limitation period was missed, a claim for infringement of an unlisted patent would be forever barred. The defendants acknowledge that, while under their interpretation of section 8.2 the *quia timet* action permitted by section 8.2 would be barred if out of time, the first person could still commence an action under the Act once the generic product is launched and infringement occurs. However, that point does not dissuade me from the conclusion that there would be no logic to subjecting section 8.2 claims to an absolute bar following the expiry of 45 days, when the same does not apply to claims under subsection 6(1).

[66] The plaintiffs also rely on the purpose of the NOA, in the regulatory regime surrounding subsection 6(1) actions, to support their position on the interpretation issue in dispute. As explained in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272, [2000] F.C.J. No. 855 (QL) (C.A.), at paragraph 19, that purpose is to enable the first person to confidently decide within the 45-day time limit whether to resist the issuance of the NOC by commencing a subsection 6(1) action. The plaintiffs submit that the NOA and information provided

[64] Les demanderesse insistent en particulier sur l’effet de l’article 6.01 du Règlement, qui interdit expressément toute action contre la seconde personne pour contrefaçon d’un brevet qui fait l’objet d’un AA, autre qu’une action fondée sur le paragraphe 6(1), à moins que la première personne n’ait pas, dans le délai de 45 jours, des motifs raisonnables pour intenter l’action. Cela vise à faire des actions visées au paragraphe 6(1) intentées à l’intérieur du délai de prescription un recours exclusif, à moins que l’exception fondée sur les « motifs raisonnables » ne s’applique. La possibilité de recourir à l’exception milite à l’encontre de la position des défenderesses. Les demanderesse soutiennent, et je suis d’accord, que ce serait un résultat étrange si, selon l’interprétation législative préconisée par les défenderesses, les actions intentées en vertu de l’article 8.2 étaient assujetties à un délai de prescription absolu de 45 jours, tandis que les actions intentées en vertu du paragraphe 6(1) ne l’étaient pas.

[65] En tirant cette conclusion, je garde à l’esprit l’argument des défenderesses selon lequel l’interprétation qu’elles proposent ne signifierait pas que, si le délai de 45 jours était expiré, une action pour contrefaçon d’un brevet non inscrit serait à jamais interdite. Les défenderesses reconnaissent que, même si selon leur interprétation de l’article 8.2 l’introduction d’une action *quia timet* autorisée par l’article 8.2 ne serait pas permise si le délai était écoulé, la première personne pourrait quand même intenter une action en vertu de la Loi après le lancement du médicament générique en cas de contrefaçon. Toutefois, ce point ne me dissuade pas de conclure qu’il n’y aurait aucune logique de soumettre les actions intentées en vertu de l’article 8.2 à une interdiction absolue après l’expiration du délai de 45 jours, alors que cette interdiction ne s’appliquerait pas aux actions fondées sur le paragraphe 6(1).

[66] Les demanderesse invoquent également l’objet des AA dans le régime réglementaire régissant les actions intentées en vertu du paragraphe 6(1) pour appuyer leur position sur la question d’interprétation en litige. Comme il est expliqué dans l’arrêt *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 855 (QL) (C.A.), au paragraphe 19, cet objet est de permettre à la première personne de décider en toute confiance à l’intérieur d’une période de 45 jours si elle doit contester la délivrance de l’AC en intentant une action en

therewith, much of which is focused upon the listed patents referenced in the NOA, provide the first person with sufficient information to be able to prepare its claim quickly enough to meet the 45-day deadline. However, as the NOA is not directed to unlisted patents, the first person would not be similarly equipped to commence a section 8.2 action within the same 45 days.

[67] Finally, the plaintiffs note the section 6.02 prohibition against joinder of any other action to a subsection 6(1) action, while the 24-month stay is in place. In its recent decision in *Apotex Inc. v. Bayer Inc.*, 2020 FCA 86, [2021] 2 F.C.R. 184 (*Bayer*), the Federal Court of Appeal explained that the purpose of this prohibition is to facilitate the expeditious resolution of subsection 6(1) actions within the 24-month stay period (at paragraphs 96 and 122). In contrast, section 8.2 actions are not subject to such a prohibition. Indeed, the plaintiffs argue that it would be inconsistent with the legislative purpose identified in *Bayer* to require section 8.2 actions to be commenced on the same timeline as subsection 6(1) actions, as this would increase the litigation burden on the parties and the difficulty in concluding the subsection 6(1) litigation within the 24 months.

[68] I find that the above points advanced by the plaintiffs, which focus on the specific features of the regulatory regime applicable to subsection 6(1) actions, and inapplicable to section 8.2 actions, to make a compelling case for their position. As the section 8.2 action proceeds outside the regulatory regime, the legislative purpose underlying the Regulations does not require, or indeed favour, reading down section 8.2 to include a limitation period, either the same as or comparable to that of subsection 6(1).

[69] The plaintiffs also respond directly to the defendants' argument that the legislative purpose of facilitating generic market entry following conclusion of subsection 6(1)

vertu du paragraphe 6(1). Les demanderesse soutiennent que l'AA et les renseignements qui y sont fournis, qui visent en grande partie les brevets mentionnés dans l'AA, fournissent à la première personne suffisamment de renseignements pour qu'elle soit en mesure de préparer son action assez rapidement afin de respecter le délai de 45 jours. Toutefois, étant donné que l'AA ne vise pas les brevets non inscrits, la première personne ne serait pas de la même façon en mesure d'intenter une action en vertu de l'article 8.2 dans le même délai de 45 jours.

[67] Enfin, les demanderesse soulignent l'interdiction prévue à l'article 6.02 de réunir toute autre action à une action intentée en vertu du paragraphe 6(1) pendant la durée du sursis de 24 mois. Dans son récent arrêt *Apotex Inc. c. Bayer Inc.*, 2020 CAF 86, [2021] 2 R.C.F. 184 (*Bayer*), la Cour d'appel fédérale a expliqué que l'objectif de cette interdiction est de permettre le règlement rapide des actions intentées en vertu du paragraphe 6(1) dans le délai de 24 mois (aux paragraphes 96 et 122). En revanche, les actions intentées en vertu de l'article 8.2 ne sont pas visées par cette interdiction. En fait, les demanderesse soutiennent qu'il serait incompatible avec l'objectif législatif défini dans l'arrêt *Bayer* d'exiger que les actions fondées sur l'article 8.2 soient introduites dans le même délai que les actions intentées en vertu du paragraphe 6(1), car cela augmenterait le fardeau imposé aux parties et la difficulté de conclure la procédure introduite au titre du paragraphe 6(1) dans le délai de 24 mois.

[68] Je conclus que les points susmentionnés soulevés par les demanderesse, qui mettent l'accent sur les caractéristiques particulières du régime réglementaire applicable aux actions intentées en vertu du paragraphe 6(1) et inapplicables aux actions visées à l'article 8.2, militent puissamment en faveur de leur position. Étant donné que l'action visée à l'article 8.2 n'est pas régie par le régime réglementaire, l'objectif sous-jacent du Règlement ne requiert pas, ni d'ailleurs ne préconise, une interprétation atténuée de l'article 8.2 selon laquelle cet article comprendrait un délai de prescription identique ou comparable à celui du paragraphe 6(1).

[69] Les demanderesse répondent également directement à l'argument des défenderesse selon lequel l'objectif législatif de permettre l'entrée de médicaments

litigation requires that section 8.2 actions be commenced and concluded on the same timeline, so as to avoid serial litigation. As the plaintiffs observe, section 8.2 merely provides a first person with the option of commencing an action for infringement of an unlisted patent prior to generic market entry. The plaintiffs note the defendants' acknowledgement that, even if their interpretation of section 8.2 is accepted, a first person would still be free to sue on an unlisted patent following market entry, when the common law restrictions upon *quia timet* actions would no longer apply and the first person would no longer require recourse to section 8.2. As such, the plaintiffs submit that it is not possible to conclude that the legislative purpose is to eliminate any further risk of patent litigation by the time the generic enters the market.

[70] In response to the defendants' argument that, without a limitation period, section 8.2 will give rise to a resurgence of the pre-2006 evergreening concern, the plaintiffs submit that the evergreening problem was a function of the automatic stay resulting from commencing an action for infringement of a listed patent. Under the pre-2006 regime, a series of such actions would trigger successive stays, continuing to delay generic market entry. However, commencing a section 8.2 action does not invoke an automatic stay. As previously noted, there is a possibility of a first person seeking a judicial stay in the context of a section 8.2 action. But this is discretionary relief and therefore does not raise the same concern as the potential for successive automatic stays of the pre-2006 era. Again, I agree with the plaintiffs' submissions.

[71] I accept that the legislative purpose of section 8.2 is the removal of previously existing barriers to *quia timet* actions, so as to facilitate legal consideration of unlisted patents and thereby address uncertainty resulting from

génériques sur le marché après la conclusion d'un litige visé au paragraphe 6(1) exige que les actions fondées sur l'article 8.2 soient intentées et conclues dans le même délai afin d'éviter des litiges successifs. Comme les demanderesse l'ont fait observer, l'article 8.2 donne simplement à la première personne la possibilité d'intenter une action en contrefaçon d'un brevet non inscrit avant l'entrée de médicaments génériques sur le marché. Les demanderesse font remarquer que les défenderesse reconnaissent que, même si leur interprétation de l'article 8.2 était admise, il serait toujours loisible à la première personne d'intenter une poursuite pour contrefaçon d'un brevet non inscrit après l'entrée sur le marché, lorsque les restrictions imposées aux actions *quia timet* par la common law ne s'appliqueraient plus et que la première personne n'aurait plus besoin de recourir à l'article 8.2. Par conséquent, les demanderesse soutiennent qu'on ne peut conclure que l'objectif législatif est d'éliminer tout autre risque de litige pour contrefaçon de brevet au moment de l'entrée du médicament générique sur le marché.

[70] Concernant l'argument des défenderesse selon lequel, sans délai de prescription, l'article 8.2 entraînera une résurgence de la préoccupation qui existait avant 2006 quant à la perpétuation des brevets, les demanderesse répondent que le problème de la perpétuation des brevets découlait du sursis automatique déclenché par l'introduction d'une action en contrefaçon d'un brevet inscrit. En vertu du régime antérieur à 2006, une série de telles actions entraînerait des sursis successifs, continuant de retarder l'entrée du médicament générique sur le marché. Toutefois, l'introduction d'une action fondée sur l'article 8.2 n'entraîne pas de sursis automatique. Comme on l'a vu, il est possible que la première personne demande un sursis judiciaire dans le cadre d'une action intentée en vertu de l'article 8.2. Toutefois, il s'agit d'une mesure discrétionnaire qui, par conséquent, ne soulève pas la même préoccupation quant à la possibilité qu'il y ait des sursis automatiques successifs qui existait avant 2006. Encore une fois, je suis d'accord avec les observations des demanderesse.

[71] J'admets que l'objet de l'article 8.2 est de supprimer les barrières qui existaient auparavant à l'égard des actions *quia timet* afin de faciliter l'examen judiciaire des brevets non inscrits et, par conséquent, de dissiper

the risks associated with such patents. However, this purpose does not require the elimination of such uncertainty within any particular timeframe, as no interpretation of section 8.2 can eliminate the uncertainty that the potential for post-launch litigation of unlisted patents will continue to present. Rather, the elimination of the common law barrier achieved by section 8.2 permits earlier access to legal consideration, and therefore earlier resolution, of unlisted patent infringement claims. This result is in keeping with the overall objective of striking a balance between effective patent enforcement and timely generic market entry.

[72] As such, there is no basis to conclude that the relevant legislative purpose requires reading down section 8.2 to include a 45-day limitation period.

F. *Argument on Jurisdiction*

[73] Before concluding my analysis, I must address a jurisdictional point raised by the defendants. They note that section 8.2 permits a first person to bring an action for infringement of an unlisted patent under subsection 54(1) (or, although irrelevant for present purposes, subsection 124(1)) of the Act. Section 54 of the Act provides as follows:

Jurisdiction of courts

54 (1) An action for the infringement of a patent may be brought in that court of record that, in the province in which the infringement is said to have occurred, has jurisdiction, pecuniarily, to the amount of the damages claimed and that, with relation to the other courts of the province, holds its sittings nearest to the place of residence or of business of the defendant, and that court shall decide the case and determine the costs, and assumption of jurisdiction by the court is of itself sufficient proof of jurisdiction.

Jurisdiction of Federal Court

(2) Nothing in this section impairs the jurisdiction of the Federal Court under section 20 of the *Federal Courts Act* or otherwise.

l'incertitude découlant des risques associés à ces brevets. Toutefois, cet objet ne requiert pas que cette incertitude soit dissipée dans un délai donné, car aucune interprétation de l'article 8.2 ne peut dissiper l'incertitude que continuera de présenter la possibilité qu'il y ait un litige pour contrefaçon de brevets non inscrits après le lancement de médicaments. En fait, l'élimination de la barrière de la common law réalisée par l'article 8.2 permet un accès plus précoce à l'examen judiciaire et, par conséquent, à un règlement plus précoce des actions en contrefaçon de brevets non inscrits. Ce résultat est conforme à l'objectif général d'établir un équilibre entre la protection efficace des droits de brevets et l'entrée de médicaments génériques sur le marché en temps opportun.

[72] Par conséquent, il n'y a aucune raison de conclure que l'objectif législatif en cause exige une interprétation atténuée de l'article 8.2 qui comprenne un délai de prescription de 45 jours.

F. *Argument concernant la compétence*

[73] Avant de conclure mon analyse, je dois traiter d'une question relative à la compétence soulevée par les défenderesses. Ces dernières font remarquer que l'article 8.2 permet à la première personne d'intenter une action en contrefaçon d'un brevet non inscrit en vertu du paragraphe 54(1) de la Loi (ou, bien qu'il ne soit pas pertinent en l'espèce, du paragraphe 124(1) de la Loi). L'article 54 de la Loi prévoit ce qui suit :

Jurisdiction des tribunaux

54 (1) Une action en contrefaçon de brevet peut être portée devant la cour d'archives qui, dans la province où il est allégué que la contrefaçon s'est produite, a juridiction, pécuniairement, jusqu'à concurrence du montant des dommages-intérêts réclamés et qui, par rapport aux autres tribunaux de la province, tient ses audiences dans l'endroit le plus rapproché du lieu de résidence ou d'affaires du défendeur. Ce tribunal juge la cause et statue sur les frais, et l'appropriation de juridiction par le tribunal est en soi une preuve suffisante de juridiction.

Jurisdiction de la Cour fédérale

(2) Le présent article n'a pas pour effet de restreindre la juridiction attribuée à la Cour fédérale par l'article 20 de la *Loi sur les Cours fédérales* ou autrement.

[74] On its face, subsection 54(1) invokes the jurisdiction of the provincial superior courts, not the Federal Court. Of course, subsection 54(2) provides that subsection 54(1) does not impair the Federal Court's jurisdiction under section 20 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, which in turn states:

Industrial property, exclusive jurisdiction

20 (1) The Federal Court has exclusive original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise,

(a) in all cases of conflicting applications for any patent of invention or for any certificate of supplementary protection under the *Patent Act*, or for the registration of any copyright, trademark, industrial design or topography within the meaning of the *Integrated Circuit Topography Act*; and

(b) in all cases in which it is sought to impeach or annul any patent of invention or any certificate of supplementary protection issued under the *Patent Act*, or to have any entry in any register of copyrights, trademarks, industrial designs or topographies referred to in paragraph (a) made, expunged, varied or rectified.

Industrial property, concurrent jurisdiction

(2) The Federal Court has concurrent jurisdiction in all cases, other than those mentioned in subsection (1), in which a remedy is sought under the authority of an Act of Parliament or at law or in equity respecting any patent of invention, certificate of supplementary protection issued under the *Patent Act*, copyright, trademark, industrial design or topography referred to in paragraph (1)(a).

[75] The defendants' point is that the legislative language provides no express linkage between the section 8.2 right of action and the jurisdiction of the Federal Court. I do not understand the defendants to be directly challenging the jurisdiction of this Court over the within actions, at least not on this motion. Rather, the defendants submit that, if the legislative intent behind section 8.2 is to afford concurrent jurisdiction to the provincial superior courts and the Federal Court, the legislative drafting is less than elegant. The defendants raise this point to illustrate the difficulty with taking a literal approach to statutory interpretation.

[74] Il ressort de la lecture du paragraphe 54(1) qu'il renvoie à la compétence des cours supérieures provinciales, et non à celle de la Cour fédérale. Bien entendu, le paragraphe 54(2) prévoit que le paragraphe 54(1) ne restreint pas la compétence attribuée à la Cour fédérale en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui, quant à lui, prévoit ce qui suit :

Propriété industrielle : compétence exclusive

20 (1) La Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, dans les cas suivants opposant notamment des administrés :

a) conflit des demandes de brevet d'invention ou de certificat de protection supplémentaire sous le régime de la *Loi sur les brevets*, ou d'enregistrement d'un droit d'auteur, d'une marque de commerce, d'un dessin industriel ou d'une topographie au sens de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*;

b) tentative d'invalidation ou d'annulation d'un brevet d'invention ou d'un certificat de protection supplémentaire délivré sous le régime de la *Loi sur les brevets*, ou tentative d'inscription, de radiation ou de modification dans un registre de droits d'auteur, de marques de commerce, de dessins industriels ou de topographies visées à l'alinéa a).

Propriété industrielle : compétence concurrente

(2) Elle a compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit non visés par le paragraphe (1) relativement à un brevet d'invention, à un certificat de protection supplémentaire délivré sous le régime de la *Loi sur les brevets*, à un droit d'auteur, à une marque de commerce, à un dessin industriel ou à une topographie au sens de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*.

[75] L'argument des défenderesses est que le libellé des dispositions n'établit aucun lien explicite entre le droit d'action prévu à l'article 8.2 et la compétence de la Cour fédérale. Je ne comprends pas que les défenderesses contestent directement la compétence de la Cour à l'égard des actions visées en l'espèce, du moins pas dans le cadre de la présente requête. En fait, les défenderesses soutiennent que, si l'intention du législateur en adoptant l'article 8.2 était de conférer une compétence concurrente aux cours supérieures provinciales et à la Cour fédérale, la rédaction législative manque d'élégance. Les défenderesses invoquent ce point

They argue that, if the Court is inclined to find no limitation period applicable to section 8.2, because no express words to that effect appear in that section, the Court must then contend with a literal interpretation of the section's reference solely to subsection 54(1), raising concern that the Federal Court has no jurisdiction over section 8.2 actions. Put otherwise, if the "presumption of perfection" has not been rebutted in relation to section 8.2, that presumption applies to the entirety of that section including its reference solely to subsection 54(1).

[76] I do not intend to engage in a detailed analysis of this jurisdictional point. I do not read the defendants' notice of motion as seeking relief based on this Court having no jurisdiction over the within actions. Nor would I be prepared to reach a conclusion on this issue without it being raised more squarely, and argued more comprehensively, than was the case on the present motions.

[77] However, I have considered the defendants' argument in the context of the statutory interpretation exercise in which it is raised. In my view, this argument does not assist the defendants, as my conclusion that section 8.2 does not include a limitation period is not based on an analysis confined to a literal reading of that section. To be clear, the text of the section is an important component of the analysis and, as I have observed earlier in these reasons, the absence of limitation period language in the section militates significantly against the defendants' proposed interpretation. However, I have conducted the broader analysis advocated by the defendants and supported by the authorities, taking into account not only the text but also the context and legislative purpose of section 8.2 and the Regulations overall and, with the benefit of that full analysis, have rejected the defendants' proposed interpretation.

pour illustrer la difficulté d'adopter une approche littérale en matière d'interprétation législative. Elles font valoir que, si la Cour est portée à conclure qu'aucun délai de prescription ne s'applique à l'article 8.2, parce qu'aucun terme explicite à cet effet ne figure dans cet article, la Cour doit se borner à une interprétation littérale selon laquelle l'article renvoie uniquement au paragraphe 54(1), ce qui soulève des préoccupations quant à l'absence de compétence de la Cour fédérale à l'égard des actions intentées en vertu de l'article 8.2. Autrement dit, si la « présomption de perfection » n'est pas réfutée en ce qui a trait à l'article 8.2, cette présomption s'applique à l'ensemble de l'article, y compris à son renvoi au paragraphe 54(1) uniquement.

[76] Je n'ai pas l'intention d'entreprendre une analyse détaillée de cette question relative à la compétence. Je n'interprète pas l'avis de requête des défenderesses comme une demande de réparation fondée sur l'absence de compétence de la Cour à l'égard des présentes actions. Je ne serais pas non plus disposé à tirer une conclusion sur cette question sans qu'elle ne soit soulevée plus clairement et argumentée de façon plus complète que cela a été le cas dans le cadre des présentes requêtes.

[77] J'ai néanmoins examiné l'argument des défenderesses dans le contexte de l'exercice d'interprétation législative dans lequel il est soulevé. À mon avis, cet argument n'aide pas les défenderesses, car ma conclusion selon laquelle l'article 8.2 ne prévoit pas de délai de prescription n'est pas fondée sur une analyse se limitant à une interprétation littérale de cet article. Il importe de préciser que le texte de l'article est un élément important de l'analyse et, comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, l'absence de délai de prescription expressément prévu dans le libellé de l'article milite fortement contre l'interprétation proposée par les défenderesses. Toutefois, j'ai effectué l'analyse plus large préconisée par les défenderesses et appuyée par la jurisprudence en tenant compte non seulement du texte, mais aussi du contexte et de l'objectif législatif de l'article 8.2 et du Règlement en général et, sur le fondement de cette analyse complète, j'ai rejeté l'interprétation proposée par les défenderesses.

IV. Conclusion

[78] Based on the above exercise in statutory interpretation, I am satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to the defendants' limitation period defence. As there is no such limitation period applicable to the within actions, that defence must fail. My judgment will therefore dismiss the defendants' motion but will grant summary judgment in favour of the plaintiffs, dismissing the limitation period defence in both actions.

V. Costs

[79] Each of the parties seeks costs. The plaintiffs seek costs of these motions, payable forthwith, in any event of the cause. They also argue that elevated costs are appropriate, to compensate them for the effect of the defendants' decision to postpone their motions to strike, shortly before they were scheduled to be heard, to add the request for summary judgment.

[80] The defendants suggest that costs should be in the cause and disagree that the adjournment of their motions should result in elevated costs.

[81] I agree with the plaintiffs that costs should follow their success in these motions, payable forthwith, in any event of the cause. If the defendants had prevailed, that result would have brought the actions to an end, and costs would necessarily have followed. The plaintiffs should similarly receive their costs based on their success.

[82] However, I do not consider the circumstances leading to the hearing of these motions to warrant costs on an elevated scale. I can identify little additional effort on the plaintiffs' part required to respond to the motions as a result of their adjournment or the addition of the defendants' request for summary judgment. The statutory interpretation arguments associated with the summary judgment motions are the same as those related to the motions to

IV. Conclusion

[78] Au terme de l'exercice d'interprétation législative effectué, je suis convaincu qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse dans la défense des défenderesses fondée sur le délai de prescription. Étant donné qu'aucun délai de prescription ne s'applique aux actions visées en l'espèce, cette défense doit être rejetée. Mon jugement rejettera donc la requête des défenderesses, mais accordera un jugement sommaire en faveur des demanderesses rejetant la défense fondée sur le délai de prescription dans les deux actions.

V. Dépens

[79] Toutes les parties ont sollicité des dépens. Les demanderesses réclament les dépens des présentes requêtes, payables immédiatement, quelle que soit l'issue de la cause. Elles soutiennent également que des dépens élevés sont appropriés pour les indemniser de l'effet de la décision des défenderesses de faire reporter l'instruction de leurs requêtes en radiation, peu avant la date prévue pour leur instruction, pour ajouter la demande de jugement sommaire.

[80] Les défenderesses soutiennent que les dépens devraient suivre l'issue de la cause et ne sont pas d'accord que le report de l'instruction de leurs requêtes devrait entraîner des dépens élevés.

[81] Je suis d'accord avec les demanderesses pour dire que les dépens devraient être adjugés aux parties qui ont gain de cause dans le cadre des présentes requêtes et être payables immédiatement, quelle que soit l'issue de la cause. Si les défenderesses avaient eu gain de cause, ce résultat aurait mis fin aux actions et les dépens auraient nécessairement suivi. De même, les demanderesses devraient recevoir leurs dépens compte tenu de leur succès.

[82] Toutefois, je ne considère pas que les circonstances qui ont mené à l'audition des présentes requêtes justifient des dépens élevés. J'estime que les demanderesses n'ont pas eu à déployer beaucoup d'efforts supplémentaires pour répondre aux requêtes après leur report ou l'ajout de la demande de jugement sommaire des défenderesses. Les arguments portant sur l'interprétation législative soulevés à l'égard des requêtes en jugement sommaire sont les

strike. Moreover, the defendants' addition of the request for summary judgment opened the door for the plaintiffs also to seek summary judgment in the event their position on the statutory interpretation question prevailed. To the plaintiffs' benefit, this had resulted in the elimination of an issue that would otherwise have remained to be resolved at trial.

[83] Despite the Court's request that the parties attempt to agree on the quantification of a costs award, they have not been able to do so. I will therefore award costs based on Column III of Tariff B [*Federal Courts Rules*], plus reasonable provable disbursements. If, with the benefit of that direction, the parties remain unable to agree on quantification, costs will be assessed.

JUDGMENT IN T-670-20 AND T-673-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The defendant's motion to strike and for summary judgment is dismissed.
2. Summary judgment is granted, on a partial basis, in favour of the plaintiffs, dismissing the defendant's defence that the plaintiffs' action is time-barred.
3. The plaintiffs are awarded costs of these motions, payable forthwith by the defendant, in any event of the cause. Costs shall be calculated based on Column III of Tariff B, plus reasonable provable disbursements, to be assessed if the parties cannot agree on their quantification.

mêmes que ceux soulevés à l'égard des requêtes en radiation. De plus, l'ajout par les défenderesses de la demande de jugement sommaire a ouvert la porte aux demandereses pour demander également un jugement sommaire dans l'éventualité où leur position sur la question de l'interprétation législative l'emporterait. Les demandereses ont ainsi pu bénéficier de la suppression d'une question qui aurait autrement dû être tranchée au procès.

[83] La Cour a demandé aux parties de s'entendre sur la quantification des dépens, mais elles n'y sont pas parvenues. Par conséquent, j'adjugerai des dépens conformément à la colonne III du tarif B [*des Règles des Cours fédérales*], plus les débours raisonnables pouvant être établis. Si, malgré ces indications, les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la quantification, les dépens seront taxés.

JUGEMENT dans les dossiers T-670-20 ET T-673-20

LA COUR STATUE que :

1. La requête en radiation et en jugement sommaire des défenderesses est rejetée.
2. Un jugement sommaire partiel est rendu en faveur des demandereses; la Cour rejette la défense des défenderesses selon laquelle l'action des demandereses est prescrite.
3. Les dépens relatifs aux présentes requêtes, payables immédiatement par les défenderesses, sont adjugés aux demandereses, quelle que soit l'issue de la cause. Les dépens, calculés en fonction de la colonne III du tarif B et majorés des débours raisonnables qui peuvent être établis, seront taxés si les parties ne peuvent s'entendre sur leur quantification.

A-386-19
2021 FCA 84

A-386-19
2021 CAF 84

Attorney General of Alberta (*Appellant*)

Le procureur général de l'Alberta (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of British Columbia (*Respondent*)

Le procureur général de la Colombie-Britannique
(*intimé*)

INDEXED AS: ALBERTA (ATTORNEY GENERAL) v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Nadon, Rivoalen and LeBlanc J.J.A.— By videoconference, October 15, 2020; Ottawa, April 26, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Rivoalen et LeBlanc, J.C.A. — Par vidéoconférence, 15 octobre 2020; Ottawa, 26 avril 2021.

Federal Court Jurisdiction — Appeal from Federal Court decision dismissing Alberta's motion to strike action by British Columbia (B.C.) seeking declaration that Alberta's Preserving Canada's Economic Prosperity Act (Act) unconstitutional, granting B.C.'s motion for interlocutory injunction — Act authorizing Alberta's Minister of Energy to establish licensing regime for export of natural gas, crude oil, refined fuels — Statements in Alberta legislature suggesting that Act's true purpose political retaliation — Federal Court finding, inter alia, that B.C.'s constitutional challenge within jurisdiction of Federal Court, that word "controversies" in Federal Courts Act, s. 19 broad enough to include disputes concerning constitutional validity of provincial legislation — Satisfied that controversy herein one falling within purview of s. 19 — Alberta arguing no controversy before Federal Court — Whether B.C.'s action falling within ambit of Federal Courts Act, s. 19 — Whether "controversy" existing between B.C., Alberta — Per LeBlanc J.A. (Rivoalen J.A. concurring): S. 19 capable of broad interpretation — S. 19 language contemplating controversies between provinces without any qualifiers as to kinds of legal interests that can be asserted — Legislation granting jurisdiction to Federal Court should benefit from generous, liberal interpretation — Case law dealing with s. 19 not setting out outer limits of that provision — Only limit is that dispute brought before Federal Court having to be based on some "recognized legal principle" as opposed to "ideas of abstract justice" — Intergovernmental controversies not precluding private parties from bringing claims in relation to subject matter underlying such controversies as long as s. 19 requirements met — Federal Court empowered to pronounce on constitutional validity of provincial legislation — One province threatening well-being of another presenting hallmarks of "controversy" — However, present dispute not lending itself to declaratory relief — Indeterminate threat that has not materialized into actual charge is insufficient to establish violation of

Compétence de la Cour fédérale — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a rejeté la requête de l'Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique (C.-B.) visant à obtenir un jugement déclarant que la Preserving Canada's Economic Prosperity Act (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) de l'Alberta était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la C.-B. — La Loi habilite le ministre de l'Énergie de l'Alberta à établir un régime de permis pour l'exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés — Des députés de l'assemblée législative de l'Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d'infliger des mesures de représailles politiques — La Cour fédérale a conclu notamment que la contestation constitutionnelle de la C.-B. relevait de la compétence de la Cour fédérale et que le terme « litige » (ou « controverses » en anglais) à l'art. 19 de la Loi sur les Cours fédérales était suffisamment large pour inclure les différends concernant la validité constitutionnelle d'une loi provinciale — Elle a dit être convaincue que le litige dans la présente affaire était visé par l'art. 19 — L'Alberta a soutenu qu'il n'existait pas de litige dont pouvait être saisie la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si l'action de la C.-B. relève de l'art. 19 de la Loi sur les Cours fédérales — Il s'agissait également de savoir s'il existe un « litige » entre les provinces de la Colombie-Britannique et de l'Alberta — Le juge LeBlanc, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L'art. 19 est susceptible d'une interprétation large — Le libellé de l'art. 19 mentionne les litiges interprovinciaux, sans qu'il y ait le moindre qualificatif restreignant les types d'intérêts juridiques pouvant être défendus — Les lois conférant compétence à la Cour fédérale doivent faire l'objet d'une interprétation générale et libérale — La jurisprudence relative à l'art. 19 ne prévoit aucune limite à cette disposition — La seule restriction est que le litige porté devant la Cour fédérale doit être fondé

Constitution Act, 1867, s. 121 — Therefore plain and obvious that, in regards to s. 121 component of B.C.'s claim, legal test for declaratory relief not met — As to s. 92A(2) component of B.C.'s claim, declaratory relief should not be granted in the absence of action taken pursuant to the Act — S. 92A(2) raising a number of interpretive issues not yet addressed by courts — In the absence of licensing scheme restricting export activities of persons or classes of persons, Federal Court lacked factual context sufficient to interpret, apply s. 92A(2) in present case — Per Nadon J.A. (concurring reasons): Plain, obvious that B.C.'s challenge of Act not constituting "controversy" falling under s. 19 — S. 19 enacted to allow Federal Court to deal with controversies of different nature than present one — Crown interests or rights not asserted herein — Federal Court's interpretation leading to untenable results — To extent that controversy is one where "Sovereign" or "Crown" interests, rights are being pursued, word "controversy" should be given broad interpretation — S. 19 not enacted to provide parallel forum to that of provincial superior courts — Adopting Federal Court's broad interpretation opening door to intrusion by one province into affairs of another — Appeal allowed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Federal Court dismissing Alberta's motion to strike action by British Columbia (B.C.) seeking declaration that Alberta's Preserving Canada's Economic Prosperity Act (Act) unconstitutional, granting B.C.'s motion for interlocutory injunction — Act authorizing Alberta's Minister of Energy to establish licensing regime for export of natural gas, crude oil, refined fuels — Statements in Alberta legislature suggesting that Act's true purpose political retaliation — B.C. claiming Act exceeding Alberta's legislative authority over trade in non-renewable natural resources, discriminating against another part of Canada in violation of Constitution Act, 1867, s. 92A(2) — Seeking declaration that Act

sur certains « principes juridiques reconnus », par opposition à des « idées de justice abstraites » — Le fait que des litiges opposent des gouvernements n'empêche pas des particuliers de saisir le tribunal compétent de demandes portant sur l'objet qui sous-tend ces litiges à condition que les exigences énoncées à l'art. 19 soient remplies — La Cour fédérale a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de lois provinciales — Une province menace directement et ouvertement le bien-être d'une autre; une telle situation présente les caractéristiques d'un « litige » — Toutefois, le litige en l'espèce ne se prêtait pas à un jugement déclaratoire — Une menace indéterminée qui ne s'est pas matérialisée en une charge réelle est insuffisante pour établir qu'il y a violation de l'art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Il était donc évident et manifeste que, relativement au volet de la demande de la C.-B. fondé sur l'art. 121, il n'a pas été satisfait au critère juridique applicable au prononcé de jugements déclaratoires — En ce qui concerne le volet de la demande de la C.-B. fondé sur l'art. 92A(2), un jugement déclaratoire ne devrait pas être accordé en l'absence de mesures prises en application de la Loi — L'art. 92A(2) soulève plusieurs questions d'interprétation qui n'ont pas encore été examinées par les tribunaux — Faute d'un régime de permis limitant les activités d'exportation de personnes ou de catégories de personnes, la Cour fédérale ne disposait pas d'un contexte factuel suffisant pour interpréter et appliquer l'art. 92A(2) en l'espèce — Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : Il était évident et manifeste que la contestation de la Loi par la C.-B. ne constituait pas un « litige » visé par l'art. 19 — L'art. 19 a été adopté pour permettre à la Cour fédérale de trancher des litiges d'une nature différente du litige dont il était question dans la présente affaire — Les intérêts ou les droits de la Couronne n'étaient pas défendus dans la présente affaire — Le sens qu'a attribué la Cour fédérale à la disposition mène à des résultats qui sont intenable — Dans la mesure où le litige porte sur la revendication d'intérêts et de droits « souverains » ou « de la Couronne », le mot « litige » doit recevoir une interprétation large — L'art. 19 n'a pas été adopté dans le but d'offrir une instance concurrente aux cours supérieures provinciales — Souscrire à l'interprétation large qu'a faite la Cour fédérale ouvrirait la porte à l'ingérence de provinces dans les affaires d'autres provinces — Appel accueilli.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Cour fédérale a rejeté la requête de l'Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique (C.-B.) visant à obtenir un jugement déclarant que la Preserving Canada's Economic Prosperity Act (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) de l'Alberta était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la C.-B. — La Loi habilite le ministre de l'Énergie de l'Alberta à établir un régime de permis pour l'exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés — Des députés de l'assemblée législative de l'Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d'infliger des mesures de

inconsistent with Constitution of Canada, of no force and effect — Per LeBlanc J.A. (Rivoalen J.A. concurring): Present dispute not lending itself to declaratory relief — Federal Court lacking factual context sufficient to interpret, apply s. 92A(2) in present case — Court having to define scope of non-discrimination requirement in s. 92A(2) before using this provision to declare an act unconstitutional — Absence of Ministerial action restricting supply to B.C., operational licensing scheme making it difficult to conclude what constitutes discrimination under s. 92A(2).

Constitutional Law — Federal Court dismissing Alberta's motion to strike action by British Columbia (B.C.) seeking declaration that Alberta's Preserving Canada's Economic Prosperity Act (Act) unconstitutional, granting B.C.'s motion for interlocutory injunction — Act authorizing Alberta's Minister of Energy to establish licensing regime for export of natural gas, crude oil, refined fuels — Statements in Alberta legislature suggesting that Act's true purpose political retaliation — B.C. claiming Act contrary to Constitution Act, 1867, s. 121 as it imposes barriers on the admission of articles of growth, produce, or manufacture of one province into another — Seeking declaration that Act inconsistent with Constitution of Canada, of no force and effect — Per LeBlanc J.A. (Rivoalen J.A. concurring): Present dispute not lending itself to declaratory relief — In s. 121 analysis, court must first establish that impugned law restricting movement of goods across provincial border before inquiring into law's purpose — Indeterminate threat not yet materialized into actual charge insufficient to establish violation of s. 121.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing Alberta's motion to strike an action commenced by British Columbia (B.C.) seeking a declaration that Alberta's *Preserving Canada's Economic Prosperity Act* (Act) was unconstitutional, and granting B.C.'s motion for an interlocutory injunction.

représailles politiques — La C.-B. a soutenu que la Loi outre-passe le pouvoir législatif de l'Alberta dans le domaine du commerce des ressources naturelles non renouvelables et qu'elle prévoit des disparités envers une autre partie du Canada, ce qui contrevient à l'art. 92A(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Elle a demandé une déclaration portant que la Loi est contraire à la Constitution du Canada et est inopérante — Le juge LeBlanc, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le litige en l'espèce ne se prêtait pas à un jugement déclaratoire — La Cour fédérale ne disposait pas d'un contexte factuel suffisant pour interpréter et appliquer l'art. 92A(2) en l'espèce — Le tribunal devra définir la portée de l'interdiction des disparités prévue à l'art. 92A(2) avant de se fonder sur cette disposition pour déclarer qu'une loi est inconstitutionnelle — Vu l'absence de mesures prises par le ministre pour restreindre l'approvisionnement de la C.-B. ainsi que l'absence de régime de permis fonctionnel, il était difficile de déterminer ce en quoi constitue une disparité au sens de l'art. 92A(2).

Droit constitutionnel — La Cour fédérale a rejeté la requête de l'Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique (C.-B.) visant à obtenir un jugement déclarant que la Preserving Canada's Economic Prosperity Act (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) de l'Alberta était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la C.-B. — La Loi habilite le ministre de l'Énergie de l'Alberta à établir un régime de permis pour l'exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés — Des députés de l'assemblée législative de l'Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d'infliger des mesures de représailles politiques — La C.-B. a soutenu en outre que la Loi contrevient à l'art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867, car elle impose des barrières à l'admission d'articles du cru, de la provenance ou de la fabrication d'une province vers une autre — Elle a demandé une déclaration portant que la Loi est contraire à la Constitution du Canada et est inopérante — Le juge LeBlanc, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le litige en l'espèce ne se prêtait pas à un jugement déclaratoire — Dans une analyse sur l'art. 121, le tribunal doit d'abord établir que la loi contestée entrave la circulation des biens d'une province à une autre, avant d'entreprendre un examen de l'objet de la loi — Une menace indéterminée qui ne s'est pas matérialisée en une charge réelle est insuffisante pour établir qu'il y a violation de l'art. 121.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a rejeté la requête de l'Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique (C.-B.) visant à obtenir un jugement déclarant que la *Preserving Canada's Economic Prosperity Act* (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) de l'Alberta était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la C.-B.

The Act, which came into force in 2019, authorizes Alberta's Minister of Energy (Minister) to establish a licensing regime for the export of natural gas, crude oil, and refined fuels. The Act leaves the parameters of the licensing regime to the Minister's discretion, having regard to the province's public interest. In the legislative debates leading to the passage of the Act, members of the Alberta legislature made statements suggesting that the Act's true purpose was political retaliation, allowing Alberta to restrict the flow of natural resources to B.C. as a response to the latter's opposition to the Trans Mountain pipeline expansion. B.C. asserted that the Act was unconstitutional because, *inter alia*, the Act is a law in relation to interprovincial and international exports, and is therefore beyond provincial competence under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, unless it can be saved by section 92A; and the Act is contrary to section 121 of the *Constitution Act, 1867*.

B.C. had previously commenced an action before the Alberta Court of Queen's Bench seeking a declaration of invalidity in respect of the Act. Alberta responded to B.C.'s action by filing a motion to dismiss it on the grounds that the Court of Queen's Bench had no jurisdiction to entertain the proceedings and that B.C. lacked standing to bring its action. The Court of Queen's Bench stayed B.C.'s action until such time as the Federal Court made a determination as to whether it had jurisdiction in respect of the action commenced by B.C. It concluded that no provincial attorney general, other than the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta, could commence proceedings in Alberta with respect to the validity of an enactment of the Alberta legislature. The Court of Queen's Bench referred to section 27 of the *Judicature Act*, pursuant to which Alberta had agreed to grant the Federal Court jurisdiction with regard to interprovincial disputes. It stated that Parliament had enacted a matching provision, i.e. section 19 of the *Federal Courts Act*. In the end, the Court of Queen's Bench left it to the Federal Court to determine whether or not it was prepared to accept jurisdiction in regard to the matters raised in B.C.'s action.

With respect to B.C.'s motion for an interlocutory injunction, the Federal Court concluded that the test set out by the Supreme Court had been met, i.e. that an applicant must satisfy the Court that his or her case raises a serious issue to be tried, that he or she will suffer irreparable harm if the application is refused and that the balance of convenience is in his or her favour. With respect to Alberta's motion to strike, the Federal Court found that B.C.'s constitutional challenge was within the jurisdiction of the Federal Court. It found, *inter alia*, that the word "controversies" in section 19 of the *Federal Courts Act* was broad enough to include disputes concerning the constitutional validity of

La Loi, qui est entrée en vigueur en 2019, habilite le ministre de l'Énergie de l'Alberta (le ministre) à établir un régime de permis pour l'exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés. La Loi laisse au ministre le pouvoir discrétionnaire de définir les paramètres du régime de permis, en tenant compte de l'intérêt public de la province. Durant les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la Loi, des députés de l'assemblée législative de l'Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d'infliger des mesures de représailles politiques en permettant à l'Alberta de restreindre l'exportation de ressources naturelles vers la C.-B., en représailles de l'opposition de cette dernière province au projet d'expansion de l'oléoduc Trans Mountain. La C.-B. a affirmé que la Loi était inconstitutionnelle au motif notamment qu'elle concerne des exportations interprovinciales et internationales et qu'elle outrepassait par conséquent la compétence provinciale étant donné le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à moins qu'elle puisse être validée par l'article 92A; et que la Loi contrevient à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La C.-B. avait précédemment intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la Cour de l'Alberta) afin d'obtenir un jugement déclarant la Loi invalide. L'Alberta a répondu à l'action de la C.-B. en déposant une requête en rejet de l'action au motif que la Cour de l'Alberta ne pouvait connaître de l'affaire et que la C.-B. n'avait pas qualité pour intenter cette action. La Cour de l'Alberta a suspendu l'action de la C.-B. jusqu'à ce que la Cour fédérale se prononce sur sa compétence pour entendre l'action intentée par la C.-B. Elle a conclu que, hormis le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta, le procureur général d'une province ne pouvait pas intenter de procédure devant les tribunaux albertains concernant la validité d'une loi édictée par l'assemblée législative de l'Alberta. La Cour de l'Alberta a renvoyé à l'article 27 de la *Judicature Act*, selon lequel l'Alberta avait accepté de confier à la Cour fédérale la compétence sur les différends interprovinciaux. Elle a affirmé que le législateur fédéral avait adopté une disposition semblable, soit l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*. En conclusion, la Cour de l'Alberta a laissé le soin à la Cour fédérale de juger si elle avait compétence sur les questions soulevées dans l'action intentée par la C.-B.

À l'égard de la requête en injonction interlocutoire de la C.-B., la Cour fédérale a conclu qu'il avait été satisfait au critère établi par la Cour suprême, soit que le requérant doit convaincre la Cour qu'il existe une question sérieuse à juger, qu'il subira un préjudice irréparable en cas de rejet de la requête et que la prépondérance des inconvénients le favorise. En ce qui a trait à la requête en radiation de l'Alberta, la Cour fédérale a conclu que la contestation constitutionnelle de la C.-B. relevait de la compétence de la Cour fédérale. À son avis, le terme « litige » (ou « *controversies* » en anglais) à l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* était suffisamment large pour inclure les différends

provincial legislation. The Federal Court held that the context of the enactment of section 19 of the *Federal Courts Act* supported the view that “controversies” necessarily included controversies pertaining to the constitutionality of legislation. It was satisfied that to the extent that a controversy could be decided on legal grounds, as opposed to moral or policy grounds, the controversy was one that fell within the purview of section 19.

Alberta argued, *inter alia*, that the Federal Court does not have jurisdiction under section 19 with respect to the making of a bare declaration of invalidity regarding provincial legislation. It argued that such an issue is dealt with by its *Judicature Act*. It said that there was no controversy before the Federal Court since B.C. did not identify any right, obligation, or liability that existed between it and Alberta. B.C. claimed that the Act exceeds Alberta’s legislative authority over trade in non-renewable natural resources because it threatens an embargo on the exportation of refined fuels and crude oil, thus discriminating against another part of Canada in violation of subsection 92A(2) of the *Constitution Act, 1867*. B.C. further alleged that the Act violates section 121 of the *Constitution Act, 1867* as it imposes barriers on the admission of articles of growth, produce, or manufacture of one province into another for a “tariff-like purpose”, namely to punish another province. In terms of remedy, B.C. sought a declaration that the Act “is inconsistent with the Constitution of Canada and of no force and effect”.

At issue was whether B.C.’s action falls within the ambit of section 19 of the *Federal Courts Act*, more particularly, whether there a “controversy” between the provinces of British Columbia and Alberta; and whether the Court should grant B.C. declaratory relief.

Held, the appeal should be allowed.

Per LeBlanc J.A. (Rivoalen J.A. concurring): The Federal Court has the jurisdiction, under section 19 of the *Federal Courts Act*, to entertain proceedings in the nature of the one brought by B.C. in the instant case. The express language used in section 19 contemplates controversies between provinces without any qualifiers as to the kinds of legal interests that can be asserted, be they constitutional, statutory, contractual, or other. Legislation granting jurisdiction to the Federal Court should benefit from a generous and liberal interpretation rather than a narrow one. The case law dealing with section 19 does not set out the outer limits of that provision nor does it define the limits of the term “controversy”. Disputes over legal rights or obligations are simply examples of controversies contemplated by section 19. The only limit is that the dispute brought

concernant la validité constitutionnelle d’une loi provinciale. La Cour fédérale a conclu que le contexte dans lequel l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* avait été adopté étayait le point de vue selon lequel le terme « litige » visait nécessairement les litiges relatifs à la validité des lois. Elle a dit être convaincue que, si un litige pouvait être tranché sur des fondements juridiques, plutôt que des fondements de morale ou de politique publique, il s’agissait d’un litige visé par l’article 19.

L’Alberta a soutenu entre autres choses que la Cour fédérale n’a pas compétence en vertu de l’article 19 pour rendre une simple déclaration d’invalidité à l’égard d’une loi provinciale. Elle a soutenu que la question était assujettie à la *Judicature Act* et qu’il n’existait pas de litige dont pouvait être saisie la Cour fédérale, puisque la C.-B. n’a pas établi qu’il existait un droit, une obligation ou une responsabilité entre elle et l’Alberta. La C.-B. a soutenu que la Loi outrepassait le pouvoir législatif de l’Alberta dans le domaine du commerce des ressources naturelles non renouvelables, car elle représente une menace d’embargo sur les exportations de combustibles raffinés et de pétrole brut et prévient donc des disparités envers une autre partie du Canada, ce qui contrevient au paragraphe 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La C.-B. a soutenu en outre que la Loi contrevient à l’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, car elle impose des barrières à l’admission d’articles du crû, de la provenance ou de la fabrication d’une province vers une autre [TRADUCTION] « à l’instar d’un tarif », c’est-à-dire pour punir une autre province. Pour ce qui est de la mesure demandée, la C.-B. a fait valoir qu’elle demandait une déclaration portant que la Loi [TRADUCTION] « est contraire à la Constitution du Canada et est inopérante ».

Il s’agissait de savoir si l’action de la C.-B. relève de l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Plus précisément, s’il existe un « litige » entre les provinces de la Colombie-Britannique et de l’Alberta; et si la Cour devrait prononcer un jugement déclaratoire en faveur de la C.-B.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

Le juge LeBlanc, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrit à ses motifs) : La Cour fédérale a compétence, en vertu de l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour entendre des affaires de la nature de celle que la C.-B. a instituée en l’espèce. Le libellé de l’article 19 mentionne expressément les litiges interprovinciaux, sans qu’il y ait le moindre qualificatif restreignant les types d’intérêts juridiques pouvant être défendus, qu’ils soient constitutionnels, légaux, contractuels ou autres. Les lois conférant compétence à la Cour fédérale doivent faire l’objet d’une interprétation généreuse et libérale plutôt que d’une interprétation étroite. La jurisprudence relative à l’article 19 ne prévoit aucune limite à cette disposition, ni ne circonscrit la portée du terme « litige ». Les différends concernant des droits ou des obligations juridiques sont de simples exemples de litiges

before the Federal Court must be based on some “recognized legal principle” as opposed to “ideas of abstract justice”. Intergovernmental controversies do not necessarily preclude private parties from bringing claims, in the appropriate forum, in relation to the subject matter underlying such controversies. The fact that a particular subject matter may give rise to private claims is not, in and of itself, fatal to Federal Court jurisdiction pursuant to section 19, as long as the requirements of that provision are met, i.e. there is a controversy between a province and Canada or between provinces. Thus, in this case, simply because an individual who is denied a licence by the Minister has redress before the courts does not preclude the Attorney General of B.C., as representing the “people for the time being of [British Columbia] against the people for the time being of [Alberta]”. The interpretation of “controversy” by the Court of Queen’s Bench was consistent with the section 19 case law. Section 57 of the *Federal Courts Act* provides compelling indicia that Parliament considers the Federal Court to be empowered to pronounce on the constitutional validity of provincial legislation. The meaning ascribed by the Federal Court to section 19, if retained, would not lead to untenable results. One province directly and openly threatening the well-being of another presents all the hallmarks of a “controversy” within the meaning of section 19. The kinds of “controversies” that may be considered by the Federal Court under section 19 would include, in appropriate circumstances, challenges to the validity of legislation, including provincial legislation.

The present dispute did not lend itself to declaratory relief. The Federal Court’s reasoning was problematic in relation to both components of B.C.’s claim: (i) that based on section 121 of the *Constitution Act, 1867* and (ii) that based on subsection 92A(2) of the *Constitution Act, 1867*. The Federal Court erred in holding that “the mere adoption of the act is a threat that is sufficient to give rise to a ‘live controversy’”. In a section 121 analysis, a court must first establish that the impugned law in essence restricts the movement of goods across a provincial border before it can proceed to an inquiry into the law’s purpose. Consideration must first be given to the actual cost imposed on the movement of goods. An indeterminate threat (e.g. to “turn off the taps” or “inflict economic pain”) that has not materialized into an actual charge is insufficient to establish a violation of section 121. It was therefore plain and obvious that, in regards to the section 121 component of B.C.’s claim, the legal test for declaratory relief was not met. As to the subsection 92A(2) component of B.C.’s claim, declaratory relief should not be granted in the absence of action taken pursuant to the Act. The term “discrimination” in subsection 92A(2) raises a number of interpretive issues which have yet to be addressed by the courts. In the absence of a licensing scheme restricting the export activities

visés par l’article 19. La seule restriction que je peux envisager est que le litige porté devant la Cour fédérale doit être fondé sur certains « principes juridiques reconnus », par opposition à des « idées de justice abstraites ». Le fait que des litiges opposent des gouvernements n’empêche pas nécessairement des particuliers de saisir le tribunal compétent de demandes portant sur l’objet qui sous-tend ces litiges. Le fait qu’un sujet donné puisse donner lieu à des recours relevant du droit privé n’annule pas, en soi, la compétence conférée à la Cour fédérale au titre de l’article 19, à condition que les exigences énoncées dans cette disposition soient remplies, c’est-à-dire qu’il existe un litige entre une province et le Canada ou entre des provinces. Par conséquent, dans l’affaire en l’espèce, le simple fait qu’un particulier à qui le ministre aurait refusé de délivrer un permis dispose de recours devant les tribunaux ne ferme pas la porte au procureur général de la C.-B., à titre de représentant « de la population actuelle de [la Colombie-Britannique] contre la population actuelle de [l’Alberta] ». L’interprétation qu’a faite la Cour de l’Alberta du mot « litige » était conforme à la jurisprudence concernant l’article 19. L’article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* constitue un indice convaincant que le législateur considère que la Cour fédérale a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de lois provinciales. Si le sens que la Cour fédérale a donné à l’article 19 était retenu, cela ne donnerait pas lieu à des résultats intenable. Une province menace directement et ouvertement le bien-être d’une autre. Une telle situation présente toutes les caractéristiques d’un « litige » au sens de l’article 19. Les types de « litiges » dont la Cour fédérale peut être saisie en vertu de l’article 19 comprendraient, dans les circonstances appropriées, la contestation de la validité d’une loi, notamment d’une loi provinciale.

Le litige en l’espèce ne se prêtait pas à un jugement déclaratoire. Le raisonnement de la Cour fédérale posait problème relativement aux deux volets de la demande de la Colombie-Britannique, soit (i) celui fondé sur l’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et (ii) celui fondé sur le paragraphe 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que « le simple fait d’adopter la Loi constitue une menace suffisante pour donner lieu à un “litige actuel” ». Dans une analyse sur l’application de l’article 121, le tribunal doit d’abord établir que la loi contestée, par son essence, entrave la circulation des biens d’une province à une autre, avant d’entreprendre un examen de l’objet de la loi. Il doit d’abord déterminer le coût réel imposé sur la circulation des biens. Une menace indéterminée (par exemple, la menace de « fermer les vannes » ou de « causer des difficultés économiques »), qui ne s’est pas matérialisée en une charge réelle, est insuffisante pour établir qu’il y a violation de l’article 121. Il était donc évident et manifeste que, relativement au volet de la demande de la C.-B. fondé sur l’article 121, il n’a pas été satisfait au critère juridique applicable au prononcé de jugements déclaratoires. En ce qui concerne le volet de la demande de la C.-B. fondé sur le paragraphe 92A(2), un jugement

of persons or classes of persons, the Federal Court lacked a factual context sufficient to interpret and apply subsection 92A(2) in the present case. The language contained in section 92A is of a more technical or specialized nature than that typically employed in a constitutional text. In light of such interpretive difficulties, a court will have to carefully define the scope of the non-discrimination requirement in subsection 92A(2) before this provision can be invoked to declare an act unconstitutional. An interpretive exercise of this kind should not take place in the abstract. The lack of a licensing scheme makes it difficult to conclude what constitutes discrimination under subsection 92A(2) and whether the Act falls outside of what is permitted by this provision. In the absence of Ministerial action restricting supply to B.C. and without regulations and an operational licensing scheme, a court should refrain from assessing the constitutional validity of the Act on the basis that it authorizes or provides for discrimination contrary to subsection 92A(2).

Per Nadon J.A. (concurring reasons): There was no arguable case that the Federal Court had jurisdiction in the present matter. There was no controversy between B.C. and Alberta within the meaning of section 19. A review of the case law showed that section 19 was enacted to allow the Federal Court to deal with controversies of a different nature than the present one. An action commenced under section 19 is one which pits the Crown against the Crown wherein Crown interests or rights must be asserted, which was clearly not the case in this appeal. The meaning ascribed to the provision by the Federal Court leads to untenable results. More particularly, the Federal Court's reasoning would allow it to assume jurisdiction over matters that neither the provinces nor Canada ever intended to submit to the Federal Court under section 19. The case law revealed that the controversies to be heard under section 19 are not "ordinary" disputes between citizens and the Crown or between citizens. To the extent that the controversy or the dispute is one where "Sovereign" or "Crown" interests and rights are being pursued, the word "controversy" should be given a broad interpretation. This begged the question whether B.C. was asserting "Sovereign" or "Crown" interests or rights against Alberta. There was no doubt, in the present matter, that the Act could be challenged if the Minister denies a licence to an individual or a corporation to export natural gas, crude oil or refined fuels. Section 19 cannot have been enacted to provide a parallel forum to that of the provincial superior courts so as to allow the Attorney General of Canada to challenge provincial legislation or to allow provincial attorneys general to challenge either federal legislation or another province's legislation in the Federal

déclaratoire ne devrait pas être accordé en l'absence de mesures prises en application de la Loi. Le mot « disparités » au paragraphe 92A(2) soulève plusieurs questions d'interprétation qui n'ont pas encore été examinées par les tribunaux. Faute d'un régime de permis limitant les activités d'exportation de personnes ou de catégories de personnes, la Cour fédérale ne disposait pas d'un contexte factuel suffisant pour interpréter et appliquer le paragraphe 92A(2) en l'espèce. Les termes utilisés dans l'article 92A ont un caractère plus technique ou spécialisé que ceux habituellement utilisés dans un texte constitutionnel. Étant donné ces difficultés d'interprétation, le tribunal devra définir avec soin la portée de l'interdiction des disparités prévue au paragraphe 92A(2) avant de se fonder sur cette disposition pour déclarer qu'une loi est inconstitutionnelle. Cet exercice d'interprétation ne doit pas être mené dans l'abstrait. En l'absence d'un régime de permis, il est difficile de déterminer ce en quoi constitue une disparité au sens du paragraphe 92A(2) et de déterminer si la Loi outrepassé ce qu'autorise cette disposition. Vu l'absence de mesures prises par le ministre pour restreindre l'approvisionnement de la C.-B. ainsi que l'absence de règlements et de régime de permis fonctionnel, il serait prudent pour le tribunal de s'abstenir de juger la constitutionnalité de la Loi au motif qu'elle autorise ou prévoit des disparités en violation du paragraphe 92A(2).

Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : Il était impossible de soutenir que la Cour fédérale avait compétence en l'espèce. Il n'y avait pas de litige entre la C.-B. et l'Alberta au sens de l'article 19. La jurisprudence a montré que l'article 19 a été adopté pour permettre à la Cour fédérale de trancher des litiges d'une nature différente du litige dont il était question dans la présente affaire. Une action introduite au titre de l'article 19 en est une opposant la Couronne et la Couronne, dans laquelle les intérêts ou les droits de la Couronne doivent être défendus, ce qui n'était clairement pas le cas dans le présent appel. Le sens qu'a attribué la Cour fédérale à la disposition mène à des résultats qui sont intenable. Plus particulièrement, le raisonnement de la Cour fédérale permettrait à la Cour fédérale d'exercer sa compétence sur des questions que ni les provinces ni le Canada n'ont eu l'intention à quelque moment que ce soit de confier à la Cour fédérale en vertu de l'article 19. La jurisprudence a révélé que les litiges entendus en application de l'article 19 ne sont pas des différends « ordinaires » entre des citoyens et la Couronne ou entre un citoyen et un autre. Dans la mesure où le litige ou le différend porte sur la revendication d'intérêts et de droits « souverains » ou « de la Couronne », le mot « litige » doit recevoir une interprétation large, ce qui ramenait à la question de savoir si la C.-B. faisait valoir des intérêts ou des droits « souverains » ou « de la Couronne » contre l'Alberta. Il ne faisait aucun doute, en l'espèce, que la Loi pouvait être contestée si le ministre refuse à un particulier ou à une société un permis d'exportation de gaz naturel, de pétrole brut ou de combustibles raffinés. L'article 19 ne peut pas avoir été adopté dans le but d'offrir une instance concurrente aux cours supérieures provinciales qui permettrait

Court. Adopting the Federal Court's broad interpretation of section 19 would open the door to intrusion by one province into the affairs of other provinces.

au procureur général du Canada de contester une loi provinciale ou aux procureurs généraux de provinces de contester une loi fédérale ou une loi d'une autre province devant la Cour fédérale. Souscrire à l'interprétation large de l'article 19 qu'a faite la Cour fédérale ouvrirait la porte à l'ingérence de provinces dans les affaires d'autres provinces.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 96, 111, 142, 146.
- Canada Assistance Plan*, R.S.C., 1985, c. C-1.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24(1).
- 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. 101, 121.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 43(a).
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1906, c. 140, s. 32.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 32.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17, 19, 57.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221.
- Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act*, R.S.C., 1985, c. F-8 [now *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, R.S.C., 1985, c. F-8].
- Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, ss. 25, 27.
- Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, ss. 43(c), 134(b).
- Preserving Canada's Economic Prosperity Act*, S.A. 2018, c. P-21.5.
- Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1, s. 116(3).
- Supreme and Exchequer Courts Act (The)*, S.C. 1875, c. 11, ss. 54, 55, 56, 57.
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 35.1.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Natural Resources Transfer Agreement* (Alberta), confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 54, 55, 56, 57.
- Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96, 111, 142, 146.
- 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. 24(1).
- Judicature Act*, R.S.A. 2000, ch. J-2, art. 25, 27.
- 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. 101, 121.
- 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. 43a).
- Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1906, ch. 140, art. 32.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 32.
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 35.1.
- Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, art. 116(3).
- Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10, art. 43c), 134b).
- Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé*, L.R.C. (1985), ch. F-8 [maintenant la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. (1985), ch. F-8].
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17, 19, 57.
- Preserving Canada's Economic Prosperity Act* (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada), S.A. 2018, ch. P-21.5.
- Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-1.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 221.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Alberta), confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*,

(U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26].

Treaty No. 3 (1873).

Treaty No. 7 (1877).

CASES CITED

APPLIED:

Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development), 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72.

CONSIDERED:

British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General), 2019 ABQB 550 (CanLII), 1 Alta. L.R. (7th) 370; *British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General)*, 2019 FC 1195, [2020] 2 F.C.R. 124; *Alberta v. Canada*, 2018 FCA 83, 425 D.L.R. (4th) 366, affg *Kainaiwa Nation (Blood Tribe) v. Canada*, 2016 FC 817; *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1909), 42 S.C.R. 1, 1909 CarswellNat 23 (WL Can.), affd [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637 (P.C.) (*sub nom. The Dominion of Canada v. The Province of Ontario*); *The Queen (Canada) v. The Queen (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533, (1977), 83 D.L.R. (3d) 492 (C.A.); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada* (1907), 39 S.C.R. 14, 1907 CanLII 70; *Canada v. Quebec (Attorney General)*, 2008 FCA 201, 381 N.R. 298; *R. v. Comeau*, 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1, leave to appeal refused 2016 CanLII 73665 (N.B.C.A.); *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080, (1993), 101 D.L.R. (4th) 567; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; *Operation Dismantle v. the Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481.

REFERRED TO:

Fairford Band v. Canada (Attorney General), [1995] 3 F.C. 165, 1995 CanLII 3597 (T.D.), affd (1996), 205 N.R. 380 (F.C.A.), 1996 CarswellNat 1717 (WL Can.); *Southwind v. Canada*, 2011 FC 351, 386 F.T.R. 265, 2011 CarswellNat 892 (WL Can.); *Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores*

20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].

Traité n° 3 (1873).

Traité n° 7 (1877).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General), 2019 ABQB 550 (CanLII), 1 Alta. L.R. (7th) 370; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Alberta (Procureur général)*, 2019 CF 1195, [2020] 2 R.C.F. 124; *Alberta c. Canada*, 2018 CAF 83, confirmant *Nation Kainaiwa (Tribu des Blood) c. Canada*, 2016 CF 817; *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1909), 42 S.C.R. 1, 1909 CarswellNat 23 (WL Can.), conf. par [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637 (P.C.) (*sub nom. The Dominion of Canada v. The Province of Ontario*); *La Reine (Canada) c. La Reine (Î.-P.-É.)*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada* (1907), 39 R.C.S. 14, 1907 CanLII 70; *Canada c. Québec (Procureur général)*, 2008 CAF 201; *R. c. Comeau*, 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1, demande d'autorisation d'appel refusée 2016 CanLII 73665 (C.A.N.-B.); *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752, 1986 CanLII 91; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, 1986 CanLII 6; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080, 1993 CanLII 129; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 1979 CanLII 9; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 1985 CanLII 74.

DÉCISIONS CITÉES :

Bande de Fairford c. Canada (Procureur général), [1995] 3 C.F. 165, 1995 CanLII 3597 (1^{re} inst.), conf. par [1996] A.C.F. n° 1242 (QL) (C.A.); *Southwind c. Canada*, 2011 CF 351, [2011] A.C.F. n° 561 (QL); *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 1987

Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; *RJR–MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 164 N.R. 1; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 19; *Pasqua First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 133, [2017] 3 F.C.R. 3, 483 N.R. 63; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1.

AUTHORS CITED

Chandler, Marsha A. “Constitutional Change and Public Policy: The Impact of the Resource Amendment (Section 92A)” (1986), 19:1 *Can. J. Political Science* 103.

Downey, Brendan et al., “Federalism in the Patch: Canada’s Energy Industry and the Constitutional Division of Powers” (2020), 58:2 *Alta. L. Rev.* 273.

Moull, William D. “Section 92A of the Constitution Act, 1867” (1983), 61:4 *Can. B. Rev.* 715.

Moull, William D. “The Legal Effect of the Resource Amendment – What’s New in Section 92A?” in J. Peter Meekison, Roy J. Romanow and William D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources* (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1985).

Semkow, Brian W. “Energy and the New Constitution” (1985), 23:1 *Alta. L. Rev.* 101.

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 1195, [2020] 2 F.C.R. 124) dismissing Alberta’s motion to strike an action commenced by British Columbia seeking a declaration that the *Preserving Canada’s Economic Prosperity Act* was unconstitutional, and granting British Columbia’s motion for an interlocutory injunction. Appeal allowed.

APPEARANCES

Doreen Mueller and *Sean McDonough* for appellant.

J. Gareth Morley and *Robert Danay* for respondent.

CanLII 79; *RJR–Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, 1994 CanLII 117; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837; *Première Nation Pasqua c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 133, [2017] 3 R.C.F. 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1980] 1 R.C.S. 115, 1979 CanLII 3.

DOCTRINE CITÉE

Chandler, Marsha A. « Constitutional Change and Public Policy : The Impact of the Resource Amendment (Section 92A) », (1986), 19 :1 *Revue can. de science politique* 103.

Downey, Brendan et al., “Federalism in the Patch: Canada’s Energy Industry and the Constitutional Division of Powers” (2020), 58:2 *Alta. L. Rev.* 273.

Moull, William D. « Section 92A of the Constitution Act, 1867 », (1983), 61 :4 *Rev. du B. can.* 715.

Moull, William D. « The Legal Effect of the Resource Amendment – What’s New in Section 92A? » dans J. Peter Meekison, Roy J. Romanow et William D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources* (Montréal : Institut de recherche en politiques publiques, 1985).

Semkow, Brian W. “Energy and the New Constitution” (1985), 23 :1 *Alta. L. Rev.* 101.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2019 CF 1195, [2020] 2 R.C.F. 124), qui a rejeté la requête de l’Alberta en vue de radier une action de la Colombie-Britannique visant à obtenir un jugement déclarant que la *Preserving Canada’s Economic Prosperity Act* (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada) était inconstitutionnelle, et qui a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la Colombie-Britannique. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Doreen Mueller et *Sean McDonough* pour l’appelant.

J. Gareth Morley et *Robert Danay* pour l’intimé.

SOLICITORS OF RECORD

Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton, for appellant.
Ministry of Attorney General, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A. (concurring reasons): I have read the reasons which my colleague LeBlanc J.A. gives in support of his conclusion that the appeal should be allowed with costs in favour of the appellant, the Attorney General of Alberta (Alberta). Although I agree entirely with his proposed disposal of the appeal, I come to that conclusion for different reasons.

I. Introduction

[2] On May 18, 2018, the Lieutenant Governor of Alberta gave royal assent to the *Preserving Canada's Economic Prosperity Act*, S.A. 2018, c. P-21.5 (the Act) which was proclaimed into force on April 30, 2019. The Act authorizes the Minister of Energy (the Minister) to establish a licensing regime for the export of natural gas, crude oil, and refined fuels. The Act leaves the parameters of the licensing regime to the Minister's discretion, having regard to the province's public interest. Before enacting a licensing regime, the Minister must have regard to whether an adequate pipeline capacity exists to maximise the return on crude oil and diluted bitumen produced in Alberta and whether adequate supplies and reserves of natural gas, crude oil, and refined fuels will be available for Alberta's present and future needs. The Minister may also have regard to any other matter that she considers relevant. The Act also authorises the Lieutenant Governor in Council to make regulations, including regulations necessary to enable the Minister to perform her duties under the Act.

[3] In the legislative debates leading to the passage of the Act, members of the Alberta legislature made

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta, Edmonton, pour l'appelant.
Ministère du Procureur général, Vancouver, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. (motifs concourants) : J'ai lu les motifs présentés par mon collègue le juge LeBlanc à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'appel devrait être accueilli avec dépens en faveur de l'appelant, le procureur général de l'Alberta (l'Alberta). Bien que je sois entièrement d'accord avec lui sur sa décision proposée concernant l'appel, j'en arrive à cette conclusion pour des motifs différents.

I. Introduction

[2] Le 18 mai 2018, le lieutenant-gouverneur de l'Alberta a donné la sanction royale à la *Preserving Canada's Economic Prosperity Act* (Loi visant à préserver la prospérité économique du Canada), S.A. 2018, ch. P-21.5 (la Loi), laquelle est entrée en vigueur par proclamation le 30 avril 2019. La Loi habilite le ministre de l'Énergie (le ministre) à établir un régime de permis pour l'exportation de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés. La Loi laisse au ministre le pouvoir discrétionnaire de définir les paramètres du régime de permis, en tenant compte de l'intérêt public de la province. Avant d'établir un régime de permis, le ministre doit déterminer s'il existe des oléoducs ayant une capacité adéquate pour maximiser le rendement économique du pétrole brut et du bitume dilué produit en Alberta et si l'Alberta dispose de ressources et de réserves adéquates de gaz naturel, de pétrole brut et de combustibles raffinés pour répondre à ses besoins actuels et futurs. Le ministre peut également tenir compte de toute autre question jugée pertinente. La Loi autorise aussi le lieutenant-gouverneur en conseil à prendre des règlements, notamment les règlements nécessaires pour permettre au ministre de s'acquitter des obligations qui lui incombent au titre de la Loi.

[3] Durant les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la Loi, des députés de l'assemblée

statements suggesting that the Act's true purpose was political retaliation. That is, the Act would allow Alberta to restrict the flow of natural resources to British Columbia as a response to the latter's opposition to the Trans Mountain pipeline expansion. At all times material to these proceedings, the Minister had not yet established a licensing regime nor had the Lieutenant Governor in Council made any regulations under the Act.

[4] On May 1, 2019, the Attorney General of British Columbia (B.C.) commenced an action before the Alberta Court of Queen's Bench (the Alberta Court) seeking a declaration of invalidity in respect of the Act. Alberta responded to B.C.'s action by filing a motion to dismiss it on the grounds that the Alberta Court had no jurisdiction to entertain the proceedings and that B.C. lacked standing to bring its action.

[5] Pending the resolution of the above issue, B.C. commenced an action, pursuant to section 19 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (the FCA) in the Federal Court on June 14, 2019, in which it sought a declaration that the Act was unconstitutional. More particularly, at paragraph 4 of its statement of claim, B.C. sets out the grounds upon which it relies for its assertion of unconstitutionality:

4. The Plaintiff says the Act is unconstitutional for the following reasons:

a. The Act is a law in relation to interprovincial and international exports, and would therefore [be] beyond provincial competence under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, unless it can be saved by section 92A.

b. Section 92A(2) of the *Constitution Act, 1867* authorizes provincial legislatures to make laws that would otherwise be outside provincial competence as a result of s. 91(2), but only if

législative de l'Alberta ont fait des déclarations selon lesquelles la Loi avait pour véritable objectif d'infliger des mesures de représailles politiques. La Loi permettrait à l'Alberta de restreindre l'exportation de ressources naturelles vers la Colombie-Britannique, en représailles de l'opposition de cette dernière province au projet d'expansion de l'oléoduc Trans Mountain. Durant toute la période pertinente en l'espèce, le ministre n'avait toujours pas établi de régime de permis, et le lieutenant-gouverneur en conseil n'avait pris aucun règlement en vertu de la Loi.

[4] Le 1^{er} mai 2019, le procureur général de la Colombie-Britannique (la Colombie-Britannique) a intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la Cour de l'Alberta) afin d'obtenir un jugement déclarant la Loi invalide. L'Alberta a répondu à l'action de la Colombie-Britannique en déposant une requête en rejet de l'action au motif que la Cour de l'Alberta ne pouvait connaître de l'affaire et que la Colombie-Britannique n'avait pas qualité pour intenter cette action.

[5] En attendant qu'il soit statué sur le litige ci-dessus, le 14 juin 2019, la Colombie-Britannique a intenté une action devant la Cour fédérale en vertu de l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la LCF), pour demander un jugement déclarant que la Loi était inconstitutionnelle. Plus précisément, au paragraphe 4 de sa déclaration, la Colombie-Britannique présente les motifs sur lesquels elle se fonde pour faire valoir l'invalidité constitutionnelle de la Loi :

[TRADUCTION]

4. Le demandeur affirme que la Loi est inconstitutionnelle pour les motifs suivants :

a. La Loi concerne des exportations interprovinciales et internationales et outrepasserait par conséquent la compétence provinciale étant donné le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à moins qu'elle puisse être validée par l'article 92A.

b. Le paragraphe 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise les assemblées législatives des provinces à édicter des lois qui, autrement, outrepasseraient la compétence provinciale en raison du paragraphe 91(2), mais uniquement si :

i. those laws are in relation to exports to another part of Canada of the “primary production” of non-renewable natural resources; and

ii. such laws do not “authorize or provide for discrimination in prices or in supplies exported to another part of Canada.”

c. The *Act* purports to be in relation to the export of “refined fuels,” including gasoline, diesel, aviation fuel, and locomotive fuel, which are not the primary production of petroleum resources, as defined in s. 92A and the Sixth Schedule to the *Constitution Act, 1867*.

d. The *Act* authorizes discrimination in supplies of natural gas and crude oil exported to British Columbia.

e. Section 121 of the *Constitution Act, 1867* guarantees that the articles of growth, produce, and manufacture of each province “shall...be admitted free into the other provinces.” The *Act*’s essence and purpose is to increase the cost of trade in natural gas, crude oil, and refined fuels across the Albert[a]-British Columbia border for a tariff-like purpose, namely to punish British Columbia. The *Act* is therefore contrary to s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

[6] B.C. further says that its action constitutes a controversy between it and Alberta and that both provinces have enacted legislation signifying their assent to the Federal Court having jurisdiction in regard to controversies between their province and another province.

[7] Also of importance is B.C.’s statement, found at paragraph 1 of its statement of claim, that it has commenced its action acting as *parens patriae* “on behalf of the public interest of the residents of British-Columbia”.

[8] On July 19, 2019, Hall J. of the Alberta Court [*British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General)*, 2019 ABQB 550 (CanLII), 1 Alta. L.R. (7th) 370] stayed B.C.’s action until such time as the Federal

i. ces lois concernent l’exportation, à destination d’une autre partie du Canada, de la « production primaire » tirée des ressources naturelles non renouvelables;

ii. ces lois « [n’]autoris[ent] ou [ne] prév[oi]ent [pas] des disparités de prix ou des disparités dans les exportations destinées à une autre partie du Canada ».

c. La Loi est censée concerner l’exportation de « combustibles raffinés », notamment l’essence, le diésel, le carburant d’aviation et le carburant pour locomotives, lesquels ne sont pas de la production primaire tirée des ressources pétrolières au sens de l’article 92A et de la Sixième annexe de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

d. La Loi autorise des disparités dans les exportations de gaz naturel et de pétrole brut vers la Colombie-Britannique.

e. L’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit que les articles du crû, de la provenance ou manufacture de chaque province seront « admis en franchise dans chacune des autres provinces ». La Loi, par son essence et son objet, vise à accroître le coût du commerce du gaz naturel, du pétrole brut et des combustibles raffinés entre l’Alberta et la Colombie-Britannique à l’instar d’un tarif, par représailles contre la Colombie-Britannique. La Loi contrevient donc à l’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[6] La Colombie-Britannique affirme en outre que son action concerne un litige entre la Colombie-Britannique et l’Alberta et que les deux provinces ont adopté des lois par lesquelles elles reconnaissent la compétence de la Cour fédérale sur les litiges entre leur province et une autre province.

[7] L’affirmation que fait la Colombie-Britannique au paragraphe 1 de sa déclaration est également importante : elle affirme avoir intenté son action à titre de *parens patriae* [TRADUCTION] « dans l’intérêt public des résidents de la Colombie-Britannique ».

[8] Le 19 juillet 2019, le juge Hall de la Cour de l’Alberta [*British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General)*, 2019 ABQB 550 (CanLII), 1 Alta. L.R. (7th) 370] a suspendu l’action de la Colombie-Britannique jusqu’à ce

Court made a determination as to whether it had jurisdiction in respect of the action commenced in that Court by B.C. on June 14, 2019.

[9] Two motions were heard by the Federal Court on September 12 and 13, 2019. First, Alberta brought a motion under rule 221 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) asking the Court to strike B.C.'s action because it disclosed no reasonable cause of action. More particularly, Alberta argued that the Federal Court had no jurisdiction to hear B.C.'s action under section 19 of the FCA, and that the action was premature. Second, B.C. brought a motion for an interlocutory injunction seeking an order prohibiting the Minister from exercising her powers under the Act until such time as the matter raised in the proceedings had been finally disposed of.

[10] On September 24, 2019, Grammond J. (the Judge) dismissed Alberta's motion to strike and granted B.C.'s motion for an interlocutory injunction (*British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General)*, 2019 FC 1195, [2020] 2 F.C.R. 124).

[11] On October 4, 2019, Alberta filed an appeal of the Judge's decision asking this Court to set aside the Judge's decision and to dismiss B.C.'s action. Alberta also seeks its costs.

[12] For the reasons that follow, I would allow Alberta's appeal.

II. Legislation

[13] The relevant legislation at the heart of this appeal is reproduced immediately as follows:

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7

Intergovernmental disputes

19 If the legislature of a province has passed an Act agreeing that the Federal Court, the Federal Court of Canada or

que la Cour fédérale se prononce sur sa compétence pour entendre l'action intentée devant elle par la Colombie-Britannique le 14 juin 2019.

[9] Les 12 et 13 septembre 2019, la Cour fédérale a entendu deux requêtes. D'abord, l'Alberta a déposé une requête au titre de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), demandant à la Cour de radier l'action de la Colombie-Britannique au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action valable. Plus précisément, l'Alberta a affirmé que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour entendre l'action intentée par la Colombie-Britannique en vertu de l'article 19 de la LCF et que l'action était prématurée. Ensuite, la Colombie-Britannique a déposé une requête en injonction interlocutoire pour qu'il soit interdit au ministre d'exercer les pouvoirs qui lui ont été conférés par la Loi jusqu'à ce que les questions faisant l'objet des procédures soient tranchées définitivement.

[10] Le 24 septembre 2019, le juge Grammond (le juge de la Cour fédérale) a rejeté la requête en radiation de l'Alberta et a accueilli la requête en injonction interlocutoire de la Colombie-Britannique (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Alberta (Procureur général)*, 2019 CF 1195, [2020] 2 R.C.F. 124).

[11] Le 4 octobre 2019, l'Alberta a interjeté appel de la décision du juge de la Cour fédérale et a demandé à notre Cour d'annuler la décision du juge et de rejeter l'action de la Colombie-Britannique. L'Alberta a également demandé les dépens.

[12] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel de l'Alberta.

II. Dispositions légales

[13] Les dispositions pertinentes en l'espèce sont reproduites ici :

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7

Différends entre gouvernements

19 Lorsqu'une loi d'une province reconnaît sa compétence en l'espèce, — qu'elle y soit désignée sous le nom

the Exchequer Court of Canada has jurisdiction in cases of controversies between Canada and that province, or between that province and any other province or provinces that have passed a like Act, the Federal Court has jurisdiction to determine the controversies. [My emphasis.]

Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2 (Alberta)

Action by Attorney General or Minister of Justice and Solicitor General

25(1) The Court has jurisdiction to entertain an action at the instance of either

- (a) the Attorney General of Canada, or
- (b) the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta,

for a declaration as to the validity of an enactment of the Legislature though no further relief is prayed or sought.

(2) An action under this section for a declaration as to the validity of an enactment is deemed sufficiently constituted if the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta are parties to it.

(3) A judgment in an action under this section may be appealed against as other judgments of the Court.

...

Jurisdiction of federal courts

27 The Supreme Court of Canada and the Federal Court of Canada, or the Supreme Court of Canada alone, according to the *Supreme Court Act* (Canada) and the *Federal Court Act* (Canada) have jurisdiction

- (a) in controversies between Canada and Alberta;
- (b) in controversies between Alberta and any other province or territory of Canada in which an Act similar to this Act is in force;
- (c) in proceedings in which the parties by their pleadings have raised the question of the

de Cour fédérale, Cour fédérale du Canada ou Cour de l'Échiquier du Canada — la Cour fédérale est compétente pour juger les cas de litige entre le Canada et cette province ou entre cette province et une ou plusieurs autres provinces ayant adopté une loi semblable. [Je souligne.]

Judicature Act, R.S.A. 2000, ch. J-2 (Alberta)

[TRANSLATION]

Actions intentées par le procureur général ou le ministre de la Justice et solliciteur général

25(1) La Cour a compétence pour entendre les actions visant l'obtention d'un jugement déclaratoire quant à la validité d'une loi de l'assemblée législative, même si aucune autre mesure n'est demandée, intentées par l'une ou l'autre des personnes ci-après :

- a) le procureur général du Canada;
- b) le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta.

(2) L'action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire sur la validité d'une loi intentée au titre du présent article est réputée suffisamment constituée si le procureur général du Canada ainsi que le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta y sont parties.

(3) Les jugements rendus dans les actions intentées au titre du présent article sont susceptibles d'appel comme tout autre jugement rendu par la Cour.

[...]

Compétence des cours fédérales

27 Conformément aux dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* et de la *Loi sur la Cour fédérale* édictées par le législateur fédéral, la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale du Canada, ou la Cour suprême du Canada seule, ont compétence pour entendre :

- a) les litiges entre le Canada et l'Alberta;
- b) les litiges entre l'Alberta et toute autre province ou territoire du Canada où une loi semblable à la présente loi est en vigueur;
- c) les procédures où les parties, dans leurs actes de procédure, ont soulevé la question de la validité

validity of an Act of the Parliament of Canada or of an Act of the Legislature of Alberta, when in the opinion of a judge of the court in which they are pending the question is material, and in that case the judge shall, at the request of the parties, and may without request if the judge thinks fit, order the case to be removed to the Supreme Court of Canada in order that the question may be decided. [My emphasis.]

Supreme and Exchequer Courts Act, S.C. 1875, c. 11

54. When the Legislature of any Province forming part of Canada shall have passed an Act agreeing and providing that the Supreme Court, and the Exchequer Court, or the Supreme Court alone, as the case may be, shall have jurisdiction in any of the following cases, viz.: – (1st) Of controversies between the Dominion of Canada and such Province; (2nd) Of controversies between such Province and any other Province or Provinces, which may have passed a like Act; (3rd) Of suits, actions, or proceedings in which the parties thereto by their pleadings shall have raised the question of the validity of an Act of the Parliament of Canada, when in the opinion of a Judge of the Court in which the same are pending such question is material; (4th) Of suits, actions, or proceedings in which the parties thereto by their pleadings shall have raised the question of the validity of an Act of the Legislature of such Province, when in the opinion of a Judge of the Court in which the same are pending such question is material; then this section and the three following sections of this Act shall be in force in the class or classes of cases in respect of which such Act so agreeing and providing, may have been passed.

55. The procedure in the cases firstly and secondly mentioned in the next preceding section shall be in the Exchequer Court, and an appeal shall lie in any such case to the Supreme Court.

56. In the cases thirdly and fourthly mentioned in the next preceding section but one, the Judge who has decided that such question is material, shall order the case to be removed to the Supreme Court in order to the decision of such question, and it shall be removed accordingly, and after the decision of the Supreme Court, the said case shall be sent back, with a copy of the judgment on the question raised, to the Court or Judge whence it came, to be then and there dealt with as to justice may appertain.

57. The next two preceding sections apply only to cases of a civil nature and shall take effect in the cases therein provided for respectively, whatever may be the value of the

d'une loi du législateur fédéral ou d'une loi de l'assemblée législative de l'Alberta lorsque, de l'avis d'un juge de la cour où les procédures ont été intentées, la question est importante; dans un tel cas, le juge doit ordonner, si les parties le demandent, et peut ordonner, si les parties ne le demandent pas mais qu'il le juge bon, que l'affaire soit renvoyée à la Cour suprême du Canada pour qu'elle tranche la question. [Non souligné dans l'original.]

Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier, S.C. 1875, ch. 11

54. Lorsque la législature d'une province formant partie du Canada aura passé un acte convenant et décrétant que la Cour Suprême et la Cour de l'Echiquier, ou la Cour Suprême seulement, selon le cas, auront juridiction dans aucun des cas suivants, savoir : (1.) Les contestations entre la Puissance du Canada et cette Province; (2.) Les contestations entre cette province et quelque autre province ou quelques autres provinces qui auront passé un acte semblable; (3.) Les poursuites, actions ou procédures dans lesquelles les parties auront, par leur plaidoyer, soulevé la question de la validité d'un acte du parlement du Canada, lorsque dans l'opinion d'un juge de la cour devant laquelle elle est pendante, cette question est essentielle; (4.) Les poursuites, actions ou procédures dans lesquelles les parties auront, par leur plaidoyer, soulevé la question de la validité d'un acte de la législature de cette province, lorsque, dans l'opinion d'un juge de la cour devant laquelle elle est pendante, cette question est essentielle; alors la présente section et les trois sections immédiatement suivantes du présent acte seront en vigueur dans la catégorie ou les catégories de cas à l'égard desquels tel acte convenant et décrétant comme susdit, pourra avoir été passé.

55. La procédure dans les cas en premier et en second lieux mentionnés dans la section immédiatement précédente, aura lieu dans la Cour de l'Echiquier, et appel pourra être interjeté, dans tous les cas, à la Cour Suprême.

56. Dans les cas en troisième et en quatrième lieux mentionnés dans l'avant-dernière section immédiatement précédente, le juge qui aura décidé que cette question est essentielle ordonnera que la cause soit portée devant la Cour Suprême afin que cette question soit décidée, et elle y sera portée en conséquence; et après la décision de la Cour Suprême, la cause sera renvoyée, avec copie du jugement sur la question soulevée, à la cour ou au juge dont elle provient, pour y être alors décidée suivant la justice.

57. Les deux sections immédiatement précédentes ne s'appliqueront qu'aux causes d'une nature civile et s'appliqueront dans les cas qui y sont prescrits respectivement, quelle

matter in dispute, and there shall be no further appeal to the Supreme Court on any point decided by it in any such case, nor on any other point unless the value of the matter in dispute exceeds five hundred dollars. [My emphasis.]

Exchequer Court Act, R.S.C. 1906, c. 140

32. When the legislature of any province of Canada has passed an Act agreeing that the Exchequer Court shall have jurisdiction in case of controversies,

(a) between the Dominion of Canada and such province;

(b) between such province and any other province or provinces which have passed a like Act;

the Exchequer Court shall have jurisdiction to determine such controversies.

2. An appeal shall lie in such cases from the Exchequer Court to the Supreme Court. [My emphasis.]

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26

Inter-governmental disputes

35.1 An appeal lies to the Court from a decision of the Federal Court of Appeal in the case of a controversy between Canada and a province or between two or more provinces.

III. Decision of the Alberta Court

[14] Before setting out the Judge's reasons for concluding as he did, it will be useful, for a proper understanding of his decision and of the issues before us, to set out the reasons for which Hall J. of the Alberta Court concluded that a stay of B.C.'s action should be granted pending a determination by the Federal Court as to whether it had jurisdiction under section 19 of the FCA. Hall J. concluded as he did for the following reasons.

[15] First, at paragraph 8 of his reasons, Hall J. indicated that the principal issue which he had to determine was whether the attorney general of a province had standing to seek declaratory relief with respect to the constitutionality of another province's legislation. In his view,

que soit la valeur de la matière en litige, et il n'y aura pas d'autre appel à la Cour Suprême sur aucun point qu'elle aura décidé dans aucun cas, ni sur aucun autre point, à moins que la valeur de la matière en litige ne dépasse cinq cent piastres. [Non souligné dans l'original.]

Loi de la cour de l'Échiquier, S.R.C. 1906, ch. 140

32. Quand la législature d'une province a adopté une loi qui convient que la Cour de l'Echiquier doit avoir juridiction en cas de différend, –

(a) entre le Dominion du Canada et cette province;

(b) entre cette province et toute autre province ou toutes provinces qui ont adopté un loi semblable

la Cour de l'Echiquier a juridiction pour juger ces différends.

2. Dans tous les cas, il y a appel de la Cour de l'Echiquier à la Cour Suprême. [Non souligné dans l'original.]

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26

Différends entre gouvernements

35.1 Les décisions rendues par la Cour d'appel fédérale en matière de litige entre le Canada et une province, ou entre deux ou plusieurs provinces, sont susceptibles d'appel devant la Cour.

III. La décision de la Cour de l'Alberta

[14] Avant de présenter les motifs exposés par le juge de la Cour fédérale à l'appui de sa conclusion, il sera utile, pour bien comprendre sa décision et les questions dont nous sommes saisis, de présenter les motifs pour lesquels le juge Hall de la Cour de l'Alberta a jugé bon de suspendre l'action de la Colombie-Britannique en attendant que la Cour fédérale rende sa décision sur la question de savoir si elle a compétence en vertu de l'article 19 de la LCF. Le juge Hall a tiré cette conclusion pour les motifs ci-après.

[15] Premièrement, au paragraphe 8 de ses motifs, le juge Hall a indiqué que la principale question qu'il devait trancher était celle de savoir si le procureur général d'une province avait qualité pour solliciter un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité d'une loi d'une autre

that question required him to examine the law pertaining to direct standing and public interest standing in the context of proceedings instituted against the Crown.

[16] He indicated that one of the purposes of the law of standing is to ensure that persons harmed by unconstitutional legislation should have access to an independent and impartial tribunal that can force a legislature to comply with the law and the Constitution. Hall J. also indicated that declaratory relief is one of the main reliefs sought in constitutional challenges and that a declaration that a statute is unconstitutional, whether a federal or a provincial statute, falls within the inherent powers of provincial superior courts.

[17] Hall J. then addressed the question of whether B.C. had standing to bring the action now before him. He indicated that B.C. took the position that it had standing to bring the action as the representative of the provincial public interest, adding that Alberta was of the view that B.C. could not establish direct or private standing because its rights were not and would not be directly affected by the Act.

[18] After a careful review of section 25 of the Alberta *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, (the *Judicature Act*) which provides that, in cases where no other relief is sought, only the Attorney General of Canada or the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta may commence an action for a declaration as to the validity of legislation enacted by the Alberta legislature, and after considering the parties' respective arguments in regard thereto, Hall J. concluded that no provincial attorney general, other than the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta, could commence proceedings in Alberta with respect to the validity of an enactment of the Alberta legislature.

[19] In making these remarks, Hall J. made it clear that any person, affected by a provincial law, could challenge the constitutional validity of an Alberta legislative

province. À son avis, cette question nécessitait qu'il examine les règles de droit relatives à la qualité pour agir du fait d'un intérêt direct ou de l'intérêt public dans le contexte de procédures intentées contre la Couronne.

[16] Il a indiqué que l'un des objectifs des règles de droit relatives à la qualité pour agir est de s'assurer que les personnes lésées par une loi inconstitutionnelle aient accès à un tribunal indépendant et impartial pouvant obliger une assemblée législative à se conformer au droit et à la Constitution. Le juge Hall a également indiqué que le jugement déclaratoire est l'une des principales mesures demandées dans les affaires constitutionnelles et que déclarer une loi inconstitutionnelle, qu'il s'agisse d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale, relève des pouvoirs inhérents des cours supérieures provinciales.

[17] Le juge Hall s'est ensuite penché sur la question de savoir si la Colombie-Britannique avait qualité pour intenter l'action dont il était saisi. Il a indiqué que la Colombie-Britannique était d'avis qu'elle avait qualité pour intenter l'action à titre de représentante de l'intérêt public provincial, ajoutant que l'Alberta était d'avis que la Colombie-Britannique ne pouvait établir avoir qualité pour agir en raison d'un intérêt direct ou privé parce que la Loi n'avait pas et n'aurait pas d'incidence directe sur ses droits.

[18] Après examen attentif de l'article 25 de la *Judicature Act* de l'Alberta (*Judicature Act*), R.S.A. 2000, ch. J-2, qui dispose que, dans les cas où aucune autre mesure n'est demandée, seuls le procureur général du Canada ou le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta peuvent intenter une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire sur la validité d'une loi édictée par l'assemblée législative de l'Alberta, et après examen des observations respectives des parties à ce sujet, le juge Hall a conclu que, hormis le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta, le procureur général d'une province ne pouvait pas intenter de procédure devant les tribunaux albertains concernant la validité d'une loi édictée par l'assemblée législative de l'Alberta.

[19] Dans ses observations, le juge Hall a clairement affirmé que toute personne lésée par une loi adoptée par l'assemblée législative de l'Alberta pouvait en contester

enactment either in the context of litigation brought under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter), or in the context of, for example, a legitimate claim for damages or other relief. In the words of Hall J., at paragraph 22 of his reasons, “actions that go beyond seeking a bare declaration are not caught by section 25. Presumably, this is because the ability to claim damages and other relief requires that the plaintiff has been directly affected by the law, meaning that the plaintiff has direct standing to challenge it.”

[20] Hall J. then made the point that because of the existence of section 19 of the FCA, B.C. was not without a remedy. He then referred to section 27 of the *Judicature Act*, pursuant to which, in his view, Alberta had agreed to grant the Federal Court jurisdiction with regard to interprovincial disputes. He stated that Parliament had enacted a matching provision to that of section 27 of the *Judicature Act*, i.e. section 19 of the FCA, adding that a similar provision had existed in federal legislation since 1875 when Parliament enacted section 54 of the *Supreme and Exchequer Courts Act*, S.C. 1875, c. 11.

[21] After a close examination of these provisions and some of the case law pertaining thereto, Hall J. concluded, at paragraph 39 of his reasons, that “[i]n my view, the current dispute between the AGBC and the AGAB falls within the scope of these definitions”, i.e. the definitions of the word “controversy” as explained in *Fairford Band v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 F.C. 165, 1995 CanLII 3597 (T.D.), affd (1996), 205 N.R. 380 (F.C.A.), 1996 CarswellNat 1717 (WL Can.); *Southwind v. Canada*, 2011 FC 351, 386 F.T.R. 265, 2011 CarswellNat 892 (WL Can.) and *Alberta v. Canada*, 2018 FCA 83, 425 D.L.R. (4th) 366 (*Alberta v. Canada*).

[22] As a result, Hall J. explained that although he agreed with Alberta that, absent a claim for further relief, only the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta could seek a

la validité constitutionnelle soit dans le cadre d’une procédure intentée au titre du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie 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] (la Charte), soit dans le cadre, par exemple, d’une demande légitime sollicitant des dommages-intérêts ou toute autre mesure. Pour citer le juge Hall, au paragraphe 22 de ses motifs, [TRADUCTION] « les actions où une partie cherche à obtenir plus qu’une simple déclaration ne sont pas visées par l’article 25. Cela s’explique vraisemblablement par le fait que, pour pouvoir demander des dommages-intérêts ou une autre mesure, le demandeur doit avoir été directement touché par la loi, autrement dit il doit avoir un intérêt direct pour la contester. »

[20] Le juge Hall a ensuite souligné qu’en raison de l’existence de l’article 19 de la LCF, la Colombie-Britannique n’était pas sans recours. Il a ensuite renvoyé à l’article 27 de la *Judicature Act*, selon lequel, à son avis, l’Alberta avait accepté de confier à la Cour fédérale la compétence sur les différends interprovinciaux. Il a affirmé que le législateur fédéral avait adopté une disposition semblable à l’article 27 de la *Judicature Act*, soit l’article 19 de la LCF, ajoutant qu’une disposition semblable existait déjà dans les lois fédérales depuis 1875, date à laquelle le législateur a adopté l’article 54 de l’*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11.

[21] Après avoir examiné de près ces dispositions et une partie de la jurisprudence sur le sujet, le juge Hall a conclu, au paragraphe 39 de ses motifs, [TRADUCTION] « [qu’]à [s]on avis, le différend actuel entre le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l’Alberta est visé par ces définitions », c’est-à-dire par les définitions du terme « litige » expliquées dans la décision *Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 C.F. 165, 1995 CanLII 3597 (1^{re} inst.), conf. par [1996] A.C.F. n° 1242 (QL) (C.A.); *Southwind c. Canada*, 2011 CF 351, [1996] A.C.F. n° 561 (QL), et *Alberta c. Canada*, 2018 CAF 83 (*Alberta c. Canada*).

[22] Ainsi, le juge Hall a expliqué que, même s’il retenait l’argument de l’Alberta selon lequel seuls le procureur général du Canada et le ministre de la Justice et solliciteur de l’Alberta pouvaient demander,

declaration regarding the validity of the laws of Alberta in the Alberta Court, that view did not leave B.C. without a recourse and it did not immunize Alberta from a constitutional challenge to the Act.

[23] At paragraph 44 of his reasons, Hall J. made the following remarks:

The above discussion suggests that Parliament and the provincial legislatures have enacted the requisite legislation to give the Federal Court jurisdiction in interprovincial disputes of this nature, which further suggests the AGBC has standing to bring its action before that court. The Federal Court of Appeal’s comments quoted above support this view, since it said that “without section 19 of the FC Act...” one province would have to sue in the other province’s court, which implies that with section 19 of the *Federal Courts Act*, it is the Federal Court that is the proper forum. [Emphasis in the original.]

[24] Lastly, Hall J. turned to the question of whether he should exercise his discretion and grant B.C. public interest standing which, in his view, “is not necessarily ruled out by section 25 of the *Judicature Act*” (Hall J.’s reasons, at paragraph 45).

[25] Although Hall J. appeared to be receptive to B.C.’s request for public interest standing, he declined to come to a definite conclusion because of his view that B.C.’s standing as of right in the Federal Court under section 19 of the FCA weighed against the granting of public interest standing. As such, “the combined effect of section 27 of the *Judicature Act* and section 19 of the *Federal Courts Act* ensures that the *Act* will not be so immunized” (Hall J.’s reasons, at paragraph 52). In other words, the existence of a recourse in the Federal Court ensures that the Act will not escape scrutiny.

indépendamment de toute autre mesure, un jugement déclaratoire sur la validité des lois de l’Alberta devant les tribunaux albertains, cette conclusion ne laissait pas la Colombie-Britannique sans recours et ne permettait pas à l’Alberta d’échapper à toute contestation constitutionnelle de la Loi.

[23] Au paragraphe 44 de ses motifs, le juge Hall a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] La discussion qui précède montre que le législateur fédéral et les législateurs provinciaux ont adopté les lois nécessaires pour conférer compétence à la Cour fédérale dans les différends interprovinciaux de cette nature, ce qui montre également que le procureur général de la Colombie-Britannique a qualité pour intenter son action devant cette cour. Les observations de la Cour d’appel fédérale, citées plus haut, étayaient ce point de vue, puisqu’elle a affirmé que, « sans l’article 19 de la Loi sur les CF », une province devrait poursuivre l’autre devant les tribunaux de la province défenderesse, ce qui signifie qu’avec l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*, c’est la Cour fédérale qui a compétence. [Souligné dans l’original.]

[24] Enfin, le juge Hall a ensuite examiné s’il devait exercer son pouvoir discrétionnaire et reconnaître à la Colombie-Britannique qualité pour agir dans l’intérêt public, ce qui selon lui [TRADUCTION] « n’est pas nécessairement exclu par l’article 25 de la *Judicature Act* » (motifs du juge Hall, au paragraphe 45).

[25] Bien que le juge Hall ait semblé réceptif à la requête de la Colombie-Britannique visant à obtenir qualité pour agir dans l’intérêt public, il a refusé de tirer une conclusion définitive, parce qu’il était d’avis que la qualité pour agir de la Colombie-Britannique devant la Cour fédérale conférée d’office par l’article 19 de la LCF pesait contre la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public. Ainsi, [TRADUCTION] « l’effet combiné de l’article 27 de la *Judicature Act* et de l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales* fait en sorte que la Loi ne sera pas à l’abri » (motifs du juge Hall, au paragraphe 52). Autrement dit, l’existence d’un recours devant la Cour fédérale fait en sorte que la Loi ne pourra pas échapper à un examen rigoureux.

[26] In the end, Hall J. stayed B.C.’s action, leaving it to the Federal Court to determine whether or not it was prepared to accept jurisdiction in regard to the matters raised in B.C.’s action.

[27] I now turn to the Federal Court’s decision.

IV. The Federal Court’s Decision

[28] As I have already indicated, the Judge disposed of two motions. With respect to B.C.’s motion for an interlocutory injunction, he concluded that the test set out by the Supreme Court in *Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; *RJR–MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 164 N.R. 1; and in *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764, had been met, i.e. that an applicant must satisfy the Court that his or her case raises a serious issue to be tried, that he or she will suffer irreparable harm if the application is refused and that the balance of convenience is in his or her favour.

[29] Not only did the Judge find that B.C.’s claim raised a serious issue, he found that B.C. had established a strong case that the Act was invalid. He further found that B.C. would suffer irreparable harm if the injunction were to be denied and that the balance of convenience was in favour of granting the injunction.

[30] With respect to Alberta’s motion to strike, the Judge found that B.C.’s constitutional challenge was within the jurisdiction of the Federal Court. He arrived at that conclusion by examining the words, context, and purpose of section 19 of the FCA. In his view, the word “controversies” was broad enough to include disputes concerning the constitutional validity of provincial legislation. More particularly, the Judge was of the opinion that there could be no doubt that there was a controversy between B.C. and Alberta with regard to the constitutionality of the Act.

[26] En conclusion, le juge Hall a suspendu l’action de la Colombie-Britannique, laissant le soin à la Cour fédérale de juger si elle avait compétence sur les questions soulevées dans l’action intentée par la Colombie-Britannique.

[27] J’en viens maintenant à la décision de la Cour fédérale.

IV. La décision de la Cour fédérale

[28] Comme je l’ai déjà indiqué, le juge de la Cour fédérale a statué sur deux requêtes. À l’égard de la requête en injonction interlocutoire de la Colombie-Britannique, il a conclu qu’il avait été satisfait au critère établi par la Cour suprême dans une série d’arrêts, soit que le requérant doit convaincre la cour qu’il existe une question sérieuse à juger, qu’il subira un préjudice irréparable en cas de rejet de la requête et que la prépondérance des inconvénients le favorise : voir *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 1987 CanLII 79; *RJR–Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, 1994 CanLII 117, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764.

[29] Non seulement le juge de la Cour fédérale a conclu que la requête de la Colombie-Britannique soulevait une question sérieuse, mais, en plus, il a jugé que la Colombie-Britannique avait un dossier solide montrant que la Loi était invalide. Il a en outre conclu que la Colombie-Britannique subirait un préjudice irréparable si l’injonction ne lui était pas accordée et que la prépondérance des inconvénients favorisait l’octroi de l’injonction.

[30] En ce qui a trait à la requête en radiation de l’Alberta, le juge de la Cour fédérale a conclu que la contestation constitutionnelle de la Colombie-Britannique relevait de la compétence de la Cour fédérale. Il en est arrivé à cette conclusion après avoir examiné le texte, le contexte et l’objet de l’article 19 de la LCF. À son avis, le terme « litige » (ou « *controversies* » en anglais) était suffisamment large pour inclure les différends concernant la validité constitutionnelle d’une loi provinciale. Plus précisément, le juge de la Cour fédérale était d’avis qu’il ne faisait aucun doute qu’il existait un litige entre la Colombie-Britannique et l’Alberta concernant la constitutionnalité de la Loi.

[31] The Judge held that the circumstances surrounding the enactment in 1875 of section 54 of the *Supreme and Exchequer Courts Act*, which eventually became section 19 of the FCA, supported the broad ordinary meaning of the word controversy. The Judge also indicated that his review of these circumstances had led him to reject Alberta's argument that Parliament had expressly considered the issue of challenges to the validity of provincial legislation and that it had chosen to grant jurisdiction in regard thereto to the Supreme Court only.

[32] More particularly, the Judge dismissed, for its lack of merit, Alberta's argument that the second two paragraphs of section 54 of the *Supreme and Exchequer Courts Act*, which gave lower court judges the discretion to refer constitutional questions to the Supreme Court of Canada, was an indication that Parliament intended to limit the Exchequer Court's jurisdiction in respect of intergovernmental disputes to non-constitutional questions. In the Judge's view, the two mechanisms set out in section 54, i.e. the adjudication of intergovernmental disputes and referrals of constitutional questions to the Supreme Court, were "simply unrelated and they are not mutually exclusive" (Judge's reasons, at paragraph 46).

[33] In addition to this brief summary of the Judge's reasons, I also wish to highlight some of the other remarks made by the Judge. At paragraph 30 of his reasons, concerning Alberta's rule 221 motion, the Judge indicated that Alberta's challenge to B.C.'s action was not based on constitutional grounds. In particular, Alberta's position was not that section 101 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] (the *Constitution Act, 1867*) constituted a bar to B.C.'s action commenced under section 19 of the FCA but rather that, on a proper interpretation of the section, B.C.'s challenge was not a controversy which fell within the ambit of section 19.

[31] Le juge de la Cour fédérale a conclu que les circonstances entourant l'adoption en 1875 de l'article 54 de l'*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, qui est plus tard devenu l'article 19 de la LCF, étayaient la portée élargie du sens ordinaire du terme litige. Le juge de la Cour fédérale a également indiqué que son examen de ces circonstances l'avait amené à rejeter l'argument de l'Alberta, selon lequel le législateur avait expressément envisagé la mise en question de la validité de lois provinciales et avait choisi de conférer compétence sur cette question à la Cour suprême uniquement.

[32] Plus précisément, le juge de la Cour fédérale a rejeté, parce qu'elle était sans fondement, l'observation de l'Alberta selon laquelle les deux premiers paragraphes de l'article 54 de l'*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, qui conféraient aux juges d'instances inférieures le pouvoir discrétionnaire de renvoyer les questions constitutionnelles à la Cour suprême du Canada, montraient que le législateur entendait limiter aux questions non constitutionnelles la compétence de la Cour de l'Échiquier sur les litiges intergouvernementaux. Selon le juge de la Cour fédérale, les deux mécanismes prévus à l'article 54, soit le règlement des litiges intergouvernementaux et le renvoi des questions constitutionnelles à la Cour suprême, « ne sont tout simplement pas liés et ne s'excluent pas l'un l'autre » (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 46).

[33] Outre ce résumé de ses motifs, j'aimerais également souligner certaines autres observations formulées par le juge de la Cour fédérale. Au paragraphe 30 de ses motifs, au sujet de la requête de l'Alberta présentée au titre de la règle 221, le juge de la Cour fédérale a indiqué que l'Alberta ne contestait pas l'action de la Colombie-Britannique pour des motifs constitutionnels. Plus précisément, l'Alberta ne soutenait pas que l'article 101 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], empêchait l'action de la Colombie-Britannique intentée en vertu de l'article 19 de la LCF, mais que, si la disposition était interprétée comme il le fallait, la contestation de la Colombie-Britannique ne constituait pas un litige visé par l'article 19.

[34] At paragraph 48 of his reasons, the Judge held that the context of the enactment of section 19 of the FCA supported the view that “controversies” necessarily included controversies pertaining to the constitutionality of legislation.

[35] The Judge also addressed Alberta’s argument that for an action to come within the ambit of section 19, there had to be issues pertaining to legal rights, obligations, or liabilities, which was clearly not the case herein. In order to answer that submission, the Judge considered some of the decisions (and there are very few) which dealt with section 19 of the FCA or its predecessor provisions. More particularly, the Judge considered the Supreme Court’s decision in *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1909), 42 S.C.R. 1, 1909 CarswellNat 23 (WL Can.), affd [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637 (P.C.) (*Ontario v. Canada 1909* cited to S.C.R.) and this Court’s decisions in *The Queen (Canada) v. The Queen (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533, (1977), 83 D.L.R. (3d) 492 (C.A.) (*Canada v. P.E.I.*) and *Alberta v. Canada*. Although in none of these cases did any party seek a declaration of unconstitutionality of either provincial or federal legislation, the Judge was of the view that this consideration was of no relevance because he was satisfied that to the extent that a controversy could be decided on legal grounds, as opposed to moral or policy grounds, the controversy was one that fell within the purview of section 19. In support of that view, the Judge referred to my colleague Gauthier J.A.’s remarks in *Alberta v. Canada*, where she expresses herself as follows at paragraph 26 of her reasons:

With respect to the subject matters covered by these provisions and more particularly by section 19 of the FC Act, it appears that there is no limit as to the type of controversy to which they would apply. At this stage and without the benefit of full arguments, the legislative evolution of section 19, as well as the manner in which both provisions have been applied, appears to support the broad scope suggested by the ordinary meaning of the words any “controversy” or “litige” in French. [My emphasis.]

[36] At paragraph 80 of his reasons, the Judge indicated that merely because B.C.’s action was the first attempt ever by a provincial attorney general in Canadian legal history to obtain a declaration of invalidity of another province’s

[34] Au paragraphe 48 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a conclu que le contexte dans lequel l’article 19 de la LCF avait été adopté étayait le point de vue selon lequel le terme « litige » visait nécessairement les litiges relatifs à la validité des lois.

[35] Le juge de la Cour fédérale a également examiné l’observation de l’Alberta selon laquelle, pour qu’une action soit visée par l’article 19, elle devait soulever des questions relatives à un droit, à une obligation ou à une responsabilité, ce qui n’était clairement pas le cas en l’espèce. Pour répondre à cette observation, le juge de la Cour fédérale a tenu compte de certaines décisions (et il y en a très peu) portant sur l’article 19 de la LCF ou les dispositions l’ayant précédé. Plus précisément, il a examiné l’arrêt de la Cour suprême *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1909), 42 R.C.S. 1, 1909 CarswellNat 23 (WL Can.), conf. par [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637 (P.C.) (*Ontario v. Canada 1909*, avec renvois aux R.C.S.) et les arrêts de notre Cour *La Reine (Canada) c. La Reine (Î.-P.-É.)*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.) (*Canada c. Î.-P.-É.*) et *Alberta c. Canada*. Même si dans aucune de ces affaires les parties n’ont demandé de déclaration d’inconstitutionnalité d’une loi provinciale ou fédérale, le juge de la Cour fédérale a affirmé que cet aspect n’était pas pertinent parce qu’il estimait que, si un litige pouvait être tranché sur des fondements juridiques, plutôt que des fondements de morale ou de politique publique, il s’agissait d’un litige visé par l’article 19. Pour étayer son point de vue, il a renvoyé aux observations de ma collègue la juge Gauthier dans l’arrêt *Alberta c. Canada*, où elle s’est exprimée en ces termes, au paragraphe 26 de ses motifs :

En ce qui concerne les matières visées par ces dispositions, et plus particulièrement l’article 19 de la Loi sur les CF, il semble qu’il n’y a pas de limite quant au type de litige auquel elles s’appliqueraient. À ce stade et sans le bénéfice d’arguments complets, l’évolution législative de l’article 19, de même que la manière dont les deux dispositions ont été appliquées, semble étayer la portée générale suggérée par le sens ordinaire des mots « litige » ou « controversy » en anglais. [Non souligné dans l’original.]

[36] Au paragraphe 80 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a indiqué que le simple fait que l’action intentée par la Colombie-Britannique représente la toute première fois dans l’histoire juridique du Canada que le procureur

legislation by way of section 19, this did not mean that the Federal Court was without jurisdiction. The Judge opined as follows:

I would simply add that the fact that this is the first attempt to initiate such a challenge in this Court does not prove that we lack jurisdiction. We do not know whether this possibility was contemplated in the above-mentioned cases or in a case mentioned by Alberta, *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association et al.*, [1971] S.C.R. 689. The lack of positive precedent may have deterred lawyers. But there is no negative precedent either.

[37] Further, the Judge dealt with Alberta's argument that B.C.'s action was premature. In the course of his discussion of that issue, he made the point that there existed a "live controversy" within the meaning of what was said by the Supreme Court in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99. Of particular relevance, in the Judge's view, is the fact that members of the Alberta legislature had made statements to the effect that the purpose of the Act was to cause economic hardship to the province of British Columbia. Given these statements, the mere passage of the Act without any further action by the Minister was sufficient to conclude that there was a live controversy.

[38] As I am concluding that we should set aside the Judge's decision, I therefore need not address that part of his reasons which deal with B.C.'s motion for an interlocutory injunction.

V. Alberta's Arguments

[39] In challenging the Judge's decision, Alberta makes a number of arguments. However, for present purposes, I will restrict myself to the following.

général d'une province tente de faire invalider une loi d'une autre province en ayant recours à l'article 19 ne signifiait pas que la Cour fédérale n'avait pas compétence. Le juge de la Cour fédérale s'est exprimé dans les termes suivants :

J'ajouterai simplement que le fait qu'il s'agisse de la première tentative de lancer une telle contestation devant notre Cour ne prouve pas que nous n'avons pas compétence. Nous ne savons pas si cette possibilité a été envisagée dans les affaires précitées ou dans une affaire mentionnée par l'Alberta, *Attorney-General for Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association et al.*, [1971] R.C.S. 689. Les avocats pourraient avoir été dissuadés par l'absence de précédents positifs. Cependant, il n'existe pas non plus de précédent négatif.

[37] De plus, le juge de la Cour fédérale s'est penché sur l'argument de l'Alberta selon lequel l'action de la Colombie-Britannique était prématurée. Dans son analyse de la question, il a souligné qu'il existait un « litige actuel », au sens où l'entendait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99. Selon le juge de la Cour fédérale, il était particulièrement pertinent que des députés de l'assemblée législative de l'Alberta aient fait des déclarations selon lesquelles la Loi visait à causer des difficultés économiques pour la Colombie-Britannique. Compte tenu de ces déclarations, la simple adoption de la Loi, sans autre intervention du ministre, suffisait pour conclure qu'il existait un litige actuel.

[38] Comme je conclus que nous devrions annuler la décision du juge de la Cour fédérale, il n'est par conséquent pas nécessaire que j'examine la partie de ses motifs portant sur la requête en injonction interlocutoire de la Colombie-Britannique.

V. La thèse de l'Alberta

[39] Pour contester la décision du juge de la Cour fédérale, l'Alberta fait valoir plusieurs arguments. Toutefois, pour les besoins du présent appel, je me limiterai à ceux qui suivent.

[40] First, it says that the Federal Court does not have jurisdiction under section 19 with respect to the making of a bare declaration of invalidity in regard to provincial legislation. It argues that such an issue is dealt with by its *Judicature Act* which does not allow any provincial attorney general, other than the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta, to seek a declaration, absent a claim for further relief, with regard to the validity of Alberta legislative enactments.

[41] Alberta further says that the review of the constitutionality of provincial legislation falls clearly within the jurisdiction of provincial superior courts and that anyone affected by the Act may challenge its constitutionality before the Alberta Court. Hence, there is no jurisdictional void to fill in respect of the constitutionality of its laws or those of any other province.

[42] Turning to the meaning of the word “controversy”, Alberta argues that there must be an actual or real dispute over rights and obligations so that the Federal Court may exercise its jurisdiction under section 19 of the FCA. In making this argument, Alberta relies on this Court’s decision in *Canada v. P.E.I.* (reasons of Le Dain J., at pages 582–583) and on the Supreme Court’s decision in *Ontario v. Canada 1909* (reasons of Duff J., at page 119).

[43] Alberta also says that the words of the heading to section 19 “Intergovernmental disputes” connote the existence of a concrete disagreement between two provinces or between a province and Canada, not an action for a bare declaration of invalidity of either provincial or federal legislation.

[44] Thus, as I understand Alberta’s submissions, it says that there is no controversy before the Federal Court since B.C. has not identified any right, obligation, or liability that exists between it and Alberta. Needless to say, B.C. does not agree with any of these submissions and it supports the Judge’s reasons in their entirety.

[40] Premièrement, l’Alberta soutient que la Cour fédérale n’a pas compétence en vertu de l’article 19 pour rendre une simple déclaration d’invalidité à l’égard d’une loi provinciale. Elle soutient que la question est assujettie à la *Judicature Act*, laquelle n’autorise pas le procureur général d’une province, mis à part le ministre de la Justice et solliciteur général de l’Alberta, à solliciter, sans qu’il soit en même temps demandé une autre forme de réparation, une déclaration concernant la validité des lois adoptées par l’Alberta.

[41] L’Alberta soutient en outre que l’examen de la constitutionnalité d’une loi provinciale relève clairement de la compétence des cours supérieures provinciales et que toute personne touchée par la Loi peut contester sa constitutionnalité devant la Cour de l’Alberta. Ainsi, la constitutionnalité de ses lois ou de celles d’une autre province ne tombe pas dans un vide juridictionnel qui serait à combler.

[42] En ce qui concerne le sens du terme « litige », l’Alberta soutient qu’il doit exister un litige réel à propos de droits et d’obligations pour que la Cour fédérale puisse exercer sa compétence en vertu de l’article 19 de la LCF. À l’appui de cet argument, l’Alberta invoque l’arrêt de notre Cour *Canada c. Î.-P.-É.* (motifs du juge Le Dain, aux pages 582 et 583) et l’arrêt de la Cour suprême *Ontario v. Canada 1909* (motifs du juge Duff, à la page 119).

[43] L’Alberta affirme également que le libellé du titre coiffant l’article 19, « Différends entre gouvernements », connote l’existence d’un désaccord réel entre deux provinces ou entre une province et le Canada, et non une action visant l’obtention d’une simple déclaration d’invalidité d’une loi provinciale ou fédérale.

[44] Donc, si je comprends bien la thèse de l’Alberta, il est soutenu qu’il n’existe pas de litige dont peut être saisie la Cour fédérale, puisque la Colombie-Britannique n’a pas établi qu’il existait un droit, une obligation ou une responsabilité entre la Colombie-Britannique et l’Alberta. Il va sans dire que la Colombie-Britannique s’oppose à cette thèse et qu’elle souscrit aux motifs du juge de la Cour fédérale dans leur totalité.

VI. Issue

[45] The parties frame the issue to be determined in a slightly different manner. In its memorandum of fact and law, at paragraph 16, Alberta sets out the issue to be disposed of as follows:

Did the motions judge err in finding that the Federal Court has jurisdiction over AGBC's application for a bare declaration of unconstitutionality of Alberta legislation? AGAB submits that the Motions Judge did so err.

[46] As for B.C., it says, at paragraph 26 of its memorandum of fact and law, that the question to be determined is the following:

Is it plain and obvious that an action by one province for a declaration of unconstitutionality of the legislation of another is not a "controversy" within the meaning of section 19 of the *Federal Courts Act*?

[47] Thus, the question which we must answer is whether B.C.'s action falls within the ambit of section 19 of the FCA. More particularly, is there a "controversy" between the provinces of British Columbia and Alberta?

VII. Analysis

[48] Before proceeding, a few words on the applicable standard of review are in order.

[49] This is an appeal of the Judge's decision in respect of a motion to dismiss brought by Alberta pursuant to rule 221 of our Rules. Both parties agree that the applicable standard is correctness as the question for determination is whether it is "plain and obvious" that the Federal Court does not have jurisdiction to hear B.C.'s action under section 19.

[50] I agree with B.C. that the appeal should be dismissed if we agree with the Judge's view that the Federal

VI. La question en litige

[45] Les parties formulent chacune la question à trancher d'une manière quelque peu différente. Dans son mémoire des faits et du droit, au paragraphe 16, l'Alberta affirme que la question à trancher est la suivante :

[TRADUCTION] Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant que la Cour fédérale avait compétence pour entendre la demande du procureur général de la Colombie-Britannique en vue d'obtenir une simple déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi de l'Alberta? Le procureur général de l'Alberta soutient que le juge des requêtes a commis cette erreur.

[46] Quant à la Colombie-Britannique, elle affirme, au paragraphe 26 de son mémoire des faits et du droit, que la question à trancher est la suivante :

[TRADUCTION] Est-il évident et manifeste qu'une action intentée par une province en vue d'obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi d'une autre province n'est pas un « litige » au sens de l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*?

[47] Donc, nous devons décider si l'action de la Colombie-Britannique relève de l'article 19 de la LCF. Plus précisément, existe-t-il un « litige » entre les provinces de la Colombie-Britannique et de l'Alberta?

VII. Discussion

[48] Avant d'aller plus loin, commençons par quelques mots sur la norme de contrôle applicable.

[49] Notre Cour est saisie d'un appel de la décision du juge de la Cour fédérale sur une requête présentée par l'Alberta en vue de faire rejeter une action au titre de la règle 221. Les deux parties reconnaissent que la norme applicable est celle de la décision correcte puisque la question à trancher est de savoir s'il est « évident et manifeste » que la Cour fédérale n'a pas compétence pour entendre l'action de la Colombie-Britannique en vertu de l'article 19.

[50] Je suis d'accord avec la Colombie-Britannique pour dire que l'appel doit être rejeté si nous souscrivons

Court has jurisdiction under section 19 or if we conclude that there is an arguable case to that effect. For the reasons which I will now explain, it is my view that there is no arguable case that the Federal Court has jurisdiction in the present matter.

[51] I begin by stating the obvious. Section 19 confers jurisdiction on the Federal Court to adjudicate controversies between two provinces or between a province and Canada. The Federal Court's jurisdiction under section 19 is premised on the parties before the Court, i.e., in this case the provinces of Alberta and British Columbia, having given their consent to the Court's jurisdiction over the controversy. I would further say that the Federal Court's jurisdiction under section 19 is a jurisdiction over matters in respect of which it would not normally have jurisdiction.

[52] The Judge's reasoning, as I understand it, is that there exists a controversy between the provinces of British Columbia and Alberta because the Attorney General of B.C. is challenging the constitutionality of the Act and that the controversy is "live" because the purpose of the Act is to punish the province of British Columbia for its lack of support in regard to the Trans Mountain pipeline expansion project.

[53] There is no dispute between the parties that statutory provisions, like section 19 herein, are to be interpreted according to the "modern principle" of statutory interpretation which requires us to read the words of the provision in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and the object of the statute and the intention of the legislating body (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21). Thus, looking at the text, context and purpose of section 19, what do the words "of controversies between ... that province and any other province" mean?

[54] My contention is that there is no controversy between B.C. and Alberta within the meaning of section 19 of the FCA. Because neither the legislative history of the

à l'opinion du juge de la Cour fédérale selon laquelle la Cour fédérale a compétence en vertu de l'article 19 ou si nous estimons que cette thèse est soutenable. Pour les motifs que je vais maintenant expliquer, je suis d'avis qu'il est impossible de soutenir que la Cour fédérale a compétence en l'espèce.

[51] Je commence par énoncer une évidence : l'article 19 confère à la Cour fédérale compétence pour trancher des litiges entre deux provinces ou entre une province et le Canada. La compétence de la Cour fédérale au titre de l'article 19 repose sur la prémisse que les parties qui comparaissent devant la Cour, soit en l'espèce les provinces de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, ont donné leur consentement à ce que la Cour ait compétence à l'égard du litige. J'ajouterais que la compétence de la Cour fédérale au titre de l'article 19 concerne une compétence sur des questions à l'égard desquelles elle n'aurait normalement pas compétence.

[52] Le raisonnement du juge de la Cour fédérale, de la façon dont je le perçois, est qu'il existe un litige entre les provinces de la Colombie-Britannique et de l'Alberta parce que le procureur général de la Colombie-Britannique conteste la constitutionnalité de la Loi et que le litige est « actuel » parce que l'objectif de la Loi est de punir la Colombie-Britannique pour n'avoir pas soutenu le projet d'expansion de l'oléoduc Trans Mountain.

[53] Les parties ne contestent pas que les dispositions législatives, comme l'article 19 en l'espèce, doivent être interprétées selon les « principes modernes » d'interprétation des lois, qui exigent que nous examinions les mots 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 (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837, au paragraphe 21). Ainsi, si nous examinons le texte, le contexte et l'objet de l'article 19, que signifie « les cas de litige entre [...] cette province et une ou plusieurs autres provinces »?

[54] J'estime qu'il n'y a pas de litige entre la Colombie-Britannique et l'Alberta au sens de l'article 19 de la LCF. Puisque ni l'évolution législative de la disposition ni

provision nor the context of its enactment provide, in my respectful opinion, any guidance to us with respect to the meaning of section 19, it is imperative that I closely review the very few cases which have dealt with section 19 or its predecessor provisions. It is important to note that, other than the cases which I will be examining, nothing has been written about section 19. In effect, the parties were unable to provide us with any article or case comment dealing with section 19. Nor has my own research revealed anything in that regard (other than an article by Brendan Downey *et al.*, “Federalism in the Patch: Canada’s Energy Industry and the Constitutional Division of Powers” (2020), 58:2 *Alta. L. Rev.* 273, where the authors discuss at pages 306 to 311 the case now before us). Without speculating, I believe that the reason for the absence of any authority on the subject is that the cases heard so far by the Federal Courts and the Supreme Court of Canada were all cases which undoubtedly fell under section 19. Hence no debate has arisen concerning the Court’s jurisdiction under section 19.

[55] The cases will show that section 19 was enacted to allow the Federal Court to deal with controversies of a different nature than the one which is now before us. The cases will also show that in every proceeding commenced under section 19 a province or Canada had direct standing to commence the proceedings (all of the cases pertain to either suits commenced by Canada against a province or by a province against Canada; there are no cases where a province has commenced a suit against another province). Put differently, it is my view that an action commenced under section 19 is one which pits the Crown against the Crown wherein Crown interests or rights must be asserted, which is clearly not the case in this appeal.

[56] In examining the meaning of the provision, it is also important to keep in mind that the meaning ascribed to the provision by the Judge leads to results which, in my view, are untenable. More particularly, the Judge’s reasoning would allow the Federal Court to assume

le contexte dans lequel elle a été adoptée ne nous fournissent, à mon avis, d’indice quant à la signification de l’article 19, il est impératif que j’examine en détail les quelques jugements ayant porté sur l’article 19 ou les dispositions qui l’ont précédé. Il est important de souligner qu’à part les jugements que j’examinerai, rien n’a été écrit au sujet de l’article 19. En effet, les parties n’ont pas été en mesure de nous fournir d’articles ni de commentaires d’arrêt portant sur l’article 19. Mes propres recherches ne m’ont pas permis de trouver quoi que ce soit à ce sujet (à l’exception d’un article écrit par Brendan Downey *et al.*, « Federalism in the Patch : Canada’s Energy Industry and the Constitutional Division of Powers », dans (2020), 58:2 *Alta. L. Rev.* 273, où les auteurs discutent aux pages 306 à 311 de l’affaire dont nous sommes saisis). Sans émettre de conjectures, je pense que la raison expliquant cette absence de précédents sur le sujet est que les affaires entendues jusqu’ici par les Cours fédérales et la Cour suprême du Canada étaient toutes des affaires qui à n’en pas douter relevaient de l’article 19. C’est pourquoi aucun débat n’a eu lieu sur la compétence de la Cour au titre de l’article 19.

[55] La jurisprudence montre que l’article 19 a été adopté pour permettre à la Cour fédérale de trancher des litiges d’une nature différente du litige dont nous sommes aujourd’hui saisis. La jurisprudence montre également que, dans chaque instance introduite au titre de l’article 19, une province ou le Canada avait un intérêt direct lui permettant d’intenter la procédure (toutes les affaires concernent soit un procès intenté par le Canada contre une province, soit un procès intenté par une province contre le Canada; il n’y a aucune affaire où une province a intenté un procès contre une autre province). Autrement dit, je suis d’avis qu’une action introduite au titre de l’article 19 en est une opposant la Couronne et la Couronne, dans laquelle les intérêts ou les droits de la Couronne doivent être défendus, ce qui n’est clairement pas le cas dans le présent appel.

[56] Dans l’examen du sens de la disposition, il est également important de garder à l’esprit que le sens qu’a attribué le juge de la Cour fédérale à la disposition mène à des résultats qui, à mon avis, sont intenable. Plus particulièrement, le raisonnement du juge de la Cour fédérale

jurisdiction over matters which, I say, neither the provinces nor Canada ever intended to submit to the Federal Court under section 19.

[57] I begin with the Supreme Court's decision in *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada*, (1907), 39 S.C.R. 14, 1907 CanLII 70 (*Ontario v. Canada 1907* cited to S.C.R.). The question then before the Supreme Court can be explained as follows.

[58] At the time of Confederation in 1867, the then Province of Canada (Upper and Lower Canada) held assets in the nature of special funds in regard to which it was a debtor and liable for interest therein. By section 111 of the *British North America Act, 1867*, (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (the *British North America Act*), the Dominion of Canada succeeded to the above liability. In an arbitration award made in 1870, pursuant to section 142 of the *British North America Act* (now the *Constitution Act, 1867*), to adjust the debts and assets of Upper and Lower Canada, the funds were adjudged to be the property of Ontario. Hence, Canada paid Ontario interest at the rate of 5 percent until 1904. In that year, Canada claimed to be entitled to reduce the rate of interest to 4 percent, or if unacceptable to Ontario, to pay to the province the principal amount.

[59] Affirming the decision of the Exchequer Court, the Supreme Court of Canada, Idington J. dissenting, held that following the arbitration award, Canada had the right to pay the principal to the province with any accrued interest thereon and thus to be free from any liability in respect of the funds.

[60] For present purposes, I will only refer to Idington J.'s reasons as he is the only one who dealt with section 19. At page 44 of the case report, he indicated that when the rights claimed by the parties were created "there was no court to determine which might be right or wrong. When we look at it as a case of the Crown against the Crown it is anomalous indeed." Then at page 45, he referred to section 32 of the

permettrait à la Cour fédérale d'exercer sa compétence sur des questions que, selon moi, ni les provinces ni le Canada n'ont jamais eu l'intention de confier à la Cour fédérale en vertu de l'article 19.

[57] Je commence par l'arrêt de la Cour suprême *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada* (1907), 39 R.C.S. 14, 1907 CanLII 70 (*Ontario v. Canada 1907*, avec renvois aux R.C.S.). La question dont était alors saisie la Cour suprême peut être expliquée de la façon suivante.

[58] Au moment de la Confédération en 1867, la province qui s'appelait alors Province du Canada (Haut-Canada et Bas-Canada) détenait des actifs sous forme de fonds spéciaux dont elle était débitrice et pour lesquels elle était responsable des intérêts. En vertu de l'article 111 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*), c'est le Dominion du Canada qui devait assumer la responsabilité mentionnée ci-dessus. Dans une sentence arbitrale rendue en 1870, conformément à l'article 142 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*), afin de rajuster les dettes et les actifs du Haut et du Bas-Canada, les fonds ont été jugés comme étant la propriété de l'Ontario. Le Canada a donc versé à l'Ontario des intérêts au taux de 5 p. 100 jusqu'en 1904. Cette année-là, le Canada a prétendu avoir le droit de réduire le taux d'intérêt à 4 p. 100 ou, si cela était inacceptable pour l'Ontario, de lui verser le capital.

[59] Confirmant la décision de la Cour de l'Échiquier, la Cour suprême du Canada (le juge Idington étant dissident) a conclu qu'à la suite de la sentence arbitrale, le Canada avait le droit de verser le capital à la province, ainsi que les intérêts courus, et d'être ainsi libéré de toute responsabilité à l'égard des fonds.

[60] Pour les besoins de la présente affaire, je ne renverrai qu'aux motifs du juge Idington, car il est le seul à avoir parlé de l'article 19. À la page 44 du recueil de jurisprudence, il a indiqué que, lorsque les droits revendiqués par les parties ont été créés, [TRADUCTION] « il n'y avait pas de tribunal pour décider qui pouvait avoir raison et qui pouvait avoir tort. Lorsqu'on considère la

Exchequer Court Act, R.S.C. 1906, c. 140 (the *Exchequer Court Act* 1906) (a predecessor of section 19) and said that it gave the Exchequer Court jurisdiction in regard to the determination of the rights arising from the special funds. This led him to write, at pages 45 to 46, that section 32 imposed on the Exchequer Court and on the Supreme Court “in a most drastic manner... the duty of settling the controversy whether arising from contract or trust.”

[61] The next case which I wish to consider is the Supreme Court’s decision in *Ontario v. Canada 1909*, in which the issue before the Supreme Court was whether Ontario was liable to reimburse Canada for expenses incurred by it in order to obtain the surrender of lands occupied by the Saulteaux Tribe of the Ojibway First Nation (the Band).

[62] More particularly, on October 3, 1873, a treaty was entered into between Canada and the Band (the treaty is known as the North-West Angle Treaty No. 3), pursuant to which the band surrendered about 49,300 square miles to Canada in return for financial and other compensation. At the time the treaty was entered into, the boundary between Ontario and Manitoba had yet to be determined. However, when the boundary between the two provinces was defined in 1884, 30,500 square miles of the surrendered lands were in Ontario.

[63] In 1903, Canada brought a suit in the Exchequer Court pursuant to section 32 of the *Exchequer Court Act* 1906 against Ontario claiming reimbursement of a percentage of the outlay made in extinguishing Indian title over land now part of Ontario. A majority of the Supreme Court allowed Ontario’s appeal against the decision of the Exchequer Court and thus found that Ontario was not liable to reimburse Canada.

[64] Idington and Duff JJ. (with whom Maclellan J. concurred) wrote separate reasons for the majority. At page 101 of the case report, Idington J. explained that

situation comme une affaire opposant la Couronne à la Couronne, la situation est effectivement anormale. » Puis, à la page 45, il a renvoyé à l’article 32 de la *Loi de la cour de l’Échiquier*, S.R.C 1906, ch. 140 (*Loi de la cour de l’Échiquier* de 1906) (une ancienne version de l’article 19) et a dit que cette disposition conférait à la Cour de l’Échiquier compétence pour rendre une décision sur les droits se rattachant aux fonds spéciaux. Cela l’a amené à écrire, aux pages 45 et 46, que l’article 32 imposait à la Cour de l’Échiquier et à la Cour suprême [TRADUCTION] « d’une manière des plus draconiennes [...], l’obligation de régler le litige, qu’il découle d’un contrat ou d’une fiducie ».

[61] L’affaire suivante que je souhaite examiner est l’arrêt de la Cour suprême *Ontario v. Canada 1909*, dans laquelle la Cour a dû déterminer si l’Ontario était tenu de rembourser au Canada l’argent que ce dernier avait dépensé pour obtenir la cession de terres occupées par la tribu des Saulteux de la Première Nation Ojibway (la bande).

[62] Plus particulièrement, le 3 octobre 1873, un traité a été conclu entre le Canada et la bande (le traité est connu sous le nom de [TRADUCTION] « Traité de l’angle nord-ouest n° 3 »), aux termes duquel la bande a cédé environ 49 300 milles carrés au Canada en échange de compensations financières et autres. À l’époque où le traité a été conclu, la frontière entre l’Ontario et le Manitoba n’avait pas encore été tracée. Toutefois, lorsque la frontière entre les deux provinces a été définie en 1884, 30 500 milles carrés des terres cédées se sont retrouvés du côté de l’Ontario.

[63] En 1903, le Canada a intenté une poursuite contre l’Ontario devant la Cour de l’Échiquier en vertu de l’article 32 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* de 1906, demandant le remboursement d’un pourcentage de l’argent dépensé pour éteindre le titre indien sur les terres qui font maintenant partie de l’Ontario. Une majorité de juges de la Cour suprême a accueilli l’appel de l’Ontario contre la décision de la Cour de l’Échiquier et a donc conclu que la province n’était pas tenue de rembourser le Canada.

[64] Les juges Idington et Duff (avec lesquels le juge Maclellan était d’accord) ont rédigé des motifs distincts pour la majorité. À la page 101 du recueil de

although the language of section 32 of the *Exchequer Court Act* 1906 was sufficiently wide to encompass claims based on “principles of honour, generosity or supposed natural justice,” no one had argued that the Exchequer Court was entitled to accept jurisdiction on that basis. He then stated:

...It seemed conceded that we must find a basis for the claim either in a contractual or (bearing in mind that the controversy is the Crown against the Crown for both parties act in the name of the Crown) quasi-contractual relation between the parties hereto or on some ground of legal equity.

This is supplemented in the respondent’s factum by an argument resting upon quasi-contracts of the civil law respecting which a long list of authorities is cited. But on argument that law and these authorities did not seem to be pressed. [My emphasis.]

[65] Duff J., in his reasons, addressed section 32 of the *Exchequer Court Act* 1906, at pages 118 and 119 of the case report. He first stated that the section granted the Exchequer Court jurisdiction to determine a controversy such as the one before the Court. He then made the following remarks:

... I think that in providing for the determination of controversies the Act speaks of controversies about rights; pre-supposing some rule or principle according to which such rights can be ascertained; which rule or principle could, it should seem, be no other than the appropriate rule or principle of law. I think we should not presume that the Exchequer Court has been authorized to make a rule of law for the purpose of determining such a dispute; or to apply to such a controversy a rule or principle prevailing in one locality when, according to accepted principles, it should be determined upon the law of another locality. This view of the functions of the court under the Act does not so circumscribe those functions as greatly to restrict the beneficial operation of the statute. Whatever the right of the Dominion in such a case as the present it is difficult to see how the province could (apart from the statute and without its consent given in the particular case) be brought before any court to answer the Dominion’s claim. The statute referred to and the correlative statute of the province once for all give a legal sanction to such

jurisprudence, le juge Idington a expliqué que, même si le libellé de l’article 32 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* de 1906 était suffisamment large pour couvrir des demandes fondées sur [TRADUCTION] « les principes de l’honneur, de la générosité ou de la justice naturelle présumée », personne n’avait soutenu que la Cour de l’Échiquier avait le droit de reconnaître sa compétence sur ce fondement. Il a ensuite affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] Il semble que les parties ont reconnu que nous devons trouver un fondement à la demande soit dans une relation contractuelle ou (il faut garder à l’esprit que le litige oppose la Couronne à la Couronne étant donné que les deux parties agissent au nom de la Couronne) quasi contractuelle entre les parties, soit dans un certain motif d’équité.

À cela s’ajoute, dans le mémoire de l’intimée, un argument reposant sur des quasi-contrats de droit civil au sujet desquels une longue liste de précédents est invoquée. Toutefois, dans les observations, personne n’a insisté sur ce droit ou ces précédents. [Non souligné dans l’original.]

[65] Le juge Duff, dans ses motifs, s’est penché sur l’article 32 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* de 1906, aux pages 118 et 119 du recueil de jurisprudence. Il a d’abord déclaré que l’article conférait à la Cour de l’Échiquier compétence pour trancher un litige comme celui dont la Cour était saisie. Il a ensuite formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] [...] Je pense que cette loi, en prévoyant que la cour peut trancher les différends, vise les différends se rapportant à des droits; elle suppose l’existence préalable d’une règle ou d’un principe selon lequel ces droits peuvent être établis; et il semble que cette règle ou ce principe ne peut être que la règle de droit ou le principe juridique qui convient. Je pense que nous ne devrions pas présumer que la Cour de l’Échiquier a été autorisée à créer une règle de droit pour trancher un différend de ce genre ni à appliquer à ce différend une règle ou un principe applicable dans un endroit alors que, selon les principes reconnus, il devrait être tranché selon le droit d’un autre endroit. Cette interprétation des fonctions de la Cour au titre de la Loi ne limite pas ces fonctions au point de restreindre le bon fonctionnement de la Loi. Peu importe le droit du Dominion dans une affaire comme celle en l’espèce, il est difficile de voir de quelle façon la province pourrait (sans la Loi et sans avoir donné son consentement en l’espèce) se faire poursuivre devant un tribunal pour qu’elle réponde à la demande du Dominion. La Loi

proceedings, and provide a tribunal (where none existed) by which, at the instance of either of them, their reciprocal rights and obligations touching any dispute may be ascertained and authoritatively declared. [My emphasis.]

[66] The Supreme Court's decision was appealed to the Privy Council which dismissed the appeal (*The Dominion of Canada v. The Province of Ontario*, [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637). After stating that the Exchequer Court had been granted jurisdiction by statutes of Canada and of Ontario with respect to controversies between them, Lord Loreburn L.C. made the following statement at page 3 of the case report:

... When differences arise between the two Governments in regard to what is due to the Crown as maker of treaties from the Crown as owner of public lands they must be adjusted as though the two Governments were separately invested by the Crown with its rights and responsibilities as treaty maker and as owner respectively.

[67] I now turn to this Court's decision in *Canada v. P.E.I.* The issue before the Court was whether the federal government was in breach of one of the terms upon which Prince Edward Island (P.E.I.) had been admitted to Canada pursuant to section 146 of *The British North America Act, 1867*. More particularly, when P.E.I. was admitted to Canada on June 26, 1873, one of the terms of its entry was that the "Dominion Government" ensure that a ferry service would, at all times, be established and maintained between P.E.I. and the mainland of Canada.

[68] By reason of a strike which prevented the ferry service established by Canada from operating between August 21, 1973, and September 2, 1973, P.E.I. commenced an action, pursuant to section 19 of the FCA, seeking damages and costs against the federal government.

[69] Although the Federal Court, Trial Division (Federal Court), found that Canada was in breach of its duty in regard to the maintenance of the ferry service, it

mentionnée et la loi connexe de la province confèrent de façon définitive une sanction légale à l'égard de telles instances et constituent un tribunal (alors qu'il n'en existait pas) par lequel, à la demande de l'une ou l'autre des parties, leurs droits et leurs obligations réciproques concernant tout différend peuvent être établis et affirmés avec autorité. [Non souligné dans l'original.]

[66] La décision de la Cour suprême a été portée en appel devant le Conseil privé, qui a rejeté l'appel (*The Dominion of Canada v. The Province of Ontario*, [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637). Après avoir déclaré que la Cour de l'Échiquier s'était fait conférer compétence par les lois du Canada et de l'Ontario sur les litiges entre ces parties, le lord chancelier Loreburn a déclaré ce qui suit, à la page 3 du recueil de jurisprudence :

[TRADUCTION] [...] Lorsque des différends surgissent entre les deux gouvernements au sujet de ce qui est dû à la Couronne en tant qu'auteur de traités par la Couronne en tant que propriétaire de terres publiques, ils doivent être jugés comme si les deux gouvernements étaient investis séparément par la Couronne de ses droits et responsabilités en tant qu'auteur de traités et que propriétaire respectivement.

[67] Je me penche maintenant sur l'arrêt de notre Cour *Canada c. Î.-P.-É.* Notre Cour devait déterminer si le gouvernement fédéral avait manqué à l'une des conditions auxquelles l'Île-du-Prince-Édouard (l'Î.-P.-É.) avait été admise au sein du Canada en vertu de l'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Plus précisément, lorsque l'Î.-P.-É. a été admise au sein du Canada le 26 juin 1873, l'une des conditions de son entrée était que le [TRADUCTION] « gouvernement du Dominion » veille à ce qu'un service de traversier soit, en tout temps, établi et maintenu entre l'Î.-P.-É. et la partie continentale du Canada.

[68] En raison d'une grève qui a empêché le service de traversier établi par le Canada de fonctionner entre le 21 août 1973 et le 2 septembre 1973, l'Î.-P.-É. a intenté une action, en vertu de l'article 19 de la LCF, pour obtenir des dommages-intérêts et des dépens contre le gouvernement fédéral.

[69] Bien que la Section de première instance de la Cour fédérale (la Cour fédérale) ait jugé que le Canada avait manqué à son obligation de maintenir le service de

concluded that the breach did not give rise to an action for damages. Consequently, P.E.I.'s action was dismissed.

[70] On appeal by Canada and on cross-appeal by P.E.I. from the Federal Court's decision, this Court dismissed the appeal and allowed the cross-appeal. Accordingly, the judgment below was set aside and the matter was returned to the Federal Court for further proceedings with respect to the question of damages.

[71] Chief Justice Jactett and Le Dain J. wrote for the majority, with Pratte J. dissenting. For present purposes, I will refer only to the reasons given by the Chief Justice and Le Dain J. who both dealt, in the course of their reasons, with section 19 of the FCA.

[72] At pages 543 and 544 of his reasons, the Chief Justice expressed the view that the case before the Court was a matter that clearly fell within section 19, i.e. a dispute between Canada and P.E.I. as to whether P.E.I. was entitled to be compensated for the breach of a term of its entry into Canada.

[73] The Chief Justice indicated that the Federal Court had erred in considering the proceedings commenced by P.E.I. as an "action", as that word was usually understood in the judicial system, whose function was to settle disputes between ordinary persons. He then went on to examine the question from the standpoint of the nature and character of the section 19 proceedings. This led him to write, at pages 557 to 559:

I doubt that either Canada or a province is a person in the sense that it would, as such, be recognized as falling within the jurisdiction of a Superior Court having the jurisdiction of the common law Superior Courts. In any event, the Trial Division would, in my view, have no jurisdiction in a dispute between two such political entities apart from section 19 of the *Federal Court Act*

...

and the "agreeing" provincial Act. In my view, this legislation (section 19 and the provincial "Act") creates a jurisdiction differing in kind from the ordinary jurisdiction

traversier, elle a conclu que ce manquement ne donnait pas lieu à une action en dommages-intérêts. Par conséquent, l'action de l'Î.-P.-É. a été rejetée.

[70] À la suite de l'appel du Canada et de l'appel incident de l'Î.-P.-É. visant la décision de la Cour fédérale, notre Cour a rejeté l'appel et a accueilli l'appel incident. Par conséquent, le jugement de l'instance inférieure a été annulé et l'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle réexamine la question des dommages-intérêts.

[71] Le juge en chef Jactett et le juge Le Dain se sont exprimés au nom de la majorité, le juge Pratte ayant été dissident. Pour les besoins de la présente affaire, je ne ferai référence qu'aux motifs du juge en chef et du juge Le Dain, qui ont tous deux examiné dans leurs motifs l'article 19 de la LCF.

[72] Aux pages 543 et 544 de ses motifs, le juge en chef a exprimé l'opinion que l'affaire dont la Cour était saisie était une question qui relevait clairement de l'article 19, c'est-à-dire un différend entre le Canada et l'Î.-P.-É. sur la question de savoir si l'Î.-P.-É. avait droit à une indemnité pour l'inexécution d'une condition de son entrée au Canada.

[73] Le juge en chef a indiqué que la Cour fédérale avait commis une erreur en considérant l'action intentée par l'Î.-P.-É. comme une « action » au sens habituel de ce mot dans le système judiciaire, dont la fonction est de régler les différends entre des personnes ordinaires. Il a ensuite examiné la question du point de vue de la nature et du caractère de la procédure visée par l'article 19. Cela l'a amené à écrire ce qui suit aux pages 557 à 559 :

Je doute que le Canada ou une province soit une personne qui entre comme telle dans la compétence des cours supérieures de *common law*. Quoi qu'il en soit, j'estime que la Division de première instance n'a aucune compétence dans un différend entre deux entités politiques de cette nature, si ce n'est celle que lui confère l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* [...]

[...]

et la loi provinciale qui la reconnaît. À mon sens, ces dispositions législatives (l'article 19 et la « loi » provinciale) créent une compétence qui diffère par sa nature

of municipal courts to decide disputes between ordinary persons or between the Sovereign and an ordinary person. It is a jurisdiction to decide disputes as between political entities and not as between persons recognized as legal persons in the ordinary municipal courts. Similarly, in my view, this legislation creates a jurisdiction differing in kind from international courts or tribunals. It is a jurisdiction to decide a dispute in accordance with some “recognized legal principle” (in this case, a provision in the legal constitution of Canada, which is, *vis-à-vis* international law, Canadian municipal law).

The effect of the enactment of the original forerunner of section 19, once the “agreeing” provincial legislation was passed, was, as I see it, to convert a legal (statutory) right of a “province” without a legal remedy into a legal right with a remedy, albeit a remedy that can be nothing more than a judicial declaration.

On this view of the nature of a proceeding under section 19, the parties thereto are the political entities, in this case the Province and Canada, which cannot be described any more accurately, as I conceive them, than the peoples or public for the time being of the geographical areas involved. In effect, it is a claim by the people for the time being of Prince Edward Island against the people for the time being of all Canada. In my view, it does not matter whether such parties are referred to in the proceedings by the geographical names or by reference to the executive governments that represent the inhabitants of the geographical areas and that must be their spokesmen for the purposes of the dispute. [My emphasis; footnotes omitted.]

[74] In a footnote, number 40 on page 559 of his reasons, the Chief Justice further stated that:

⁴⁰ While describing the executive government as “Her Majesty in right of” may or may not be particularly appropriate, there is no question, reading the proceedings in the light of section 19, that it is the Province and Canada that are the true parties to the dispute

[75] I now turn to the reasons of Le Dain J. of relevance are pages 582 to 583 where he says:

de la compétence ordinaire conférée aux cours municipales pour trancher les différends entre les personnes ordinaires ou entre le souverain et une personne ordinaire. Elle tranche les différends entre des entités politiques et non pas entre des personnes juridiques reconnues devant les tribunaux municipaux ordinaires. De même, selon moi, ces dispositions créent une compétence qui diffère par sa nature de celle des cours internationales. Elle tranche les différends conformément à certains « principes juridiques reconnus » (en l’espèce, une disposition de la constitution légale du Canada qui est, *vis-à-vis* du droit international, le droit municipal canadien).

L’adoption du premier texte législatif qui a précédé l’article 19, après que la loi provinciale qui reconnaît la compétence eut été passée, a eu pour effet, selon moi, de convertir un droit légal (statutaire) d’une « province » sans redressement légal en un droit légal assorti d’un redressement légal, bien que ce redressement se limite à une déclaration judiciaire.

Selon ce point de vue sur la nature d’une procédure en vertu de l’article 19, les parties sont les entités politiques (en l’espèce, la province et le Canada), que je ne saurais décrire avec plus d’exactitude qu’en disant qu’elles représentent la population actuelle (ou le public) des régions géographiques concernées. En effet, il s’agit bien en l’espèce d’une réclamation de la population actuelle de l’Île-du-Prince-Édouard contre la population actuelle de tout le Canada. À mon sens, il importe peu que dans les procédures on se réfère à ces parties par leur nom géographique ou par les gouvernements exécutifs qui représentent les habitants des régions géographiques et sont leurs porte-parole aux fins du différend. [Non souligné dans l’original; notes de bas de page omises.]

[74] Dans la note de bas de page numéro 40, à la page 559 de ses motifs, le juge en chef a ajouté ce qui suit :

⁴⁰L’expression « Sa Majesté, du chef de » employée pour désigner le gouvernement exécutif peut être ou ne pas être particulièrement appropriée; il ne fait toutefois aucun doute, si on lit les procédures dans le contexte de l’article 19, que la province et le Canada sont les vraies parties au différend [...]

[75] Je me tourne maintenant vers les motifs du juge Le Dain, dont ce passage des pages 582 et 583 est pertinent :

Prince Edward Island invokes the jurisdiction of the Federal Court to determine a controversy between Canada and a province which is conferred by section 19 of the *Federal Court Act* ...

...

The Province adopted the necessary enabling legislation for purposes of this jurisdiction in 1941 by the *Judicature Act Amendments, 1941*...

The constitution of Canada, of which the Order in Council admitting Prince Edward Island into the Union forms part, attributes rights and obligations to Canada and the Provinces as distinct entities, however these entities and their precise relationship to such rights and obligations should be characterized. Section 19 of the *Federal Court Act* and the necessary provincial enabling legislation create a jurisdiction for the determination of controversies between these entities, involving such rights and obligations among others. Like the Chief Justice, I am, with respect, of the opinion that neither the doctrine of the indivisibility of the Crown nor that of Crown immunity, whether processual or substantive, should be an obstacle to a determination of intergovernmental liability under this provision, which clearly contemplates that Canada and the provinces are to be treated in law as separate and equal entities for purposes of the determination of a controversy arising between them. The term “controversy” is broad enough to encompass any kind of legal right, obligation or liability that may exist between governments or their strictly legal personification. It is certainly broad enough to include a dispute as to whether one government is liable in damages to another. It is not clear whether the judicial power conferred by section 19 includes the power to award consequential as well as declaratory relief, but I assume, given the nature of the parties to a controversy, that what was contemplated was a declaration. The proceedings in the present case are brought as an action for damages by Her Majesty the Queen in the right of Prince Edward Island against Her Majesty the Queen in the right of Canada but since the proceedings are clearly intended to invoke the jurisdiction of the Court under section 19 the style of cause and the nature of the relief sought are in my respectful opinion matters of form that should not be permitted to defeat the substance and merits of the claim. I can see no reason why the proceedings should not be treated broadly as a claim for a determination or declaration by the Court that the Province is entitled to be compensated in damages for the alleged breach of duty by Canada. [My emphasis.]

L'Île-du-Prince-Édouard invoque la compétence de la Cour fédérale, conférée par l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de juger un litige entre le Canada et une province [...]

La province a adopté, en 1941, la disposition habilitante visant à conférer à la Cour cette compétence, soit l'article 11 de la *Judicature Act Amendments, 1941* [...]

La constitution du Canada, dont fait partie l'arrêté en conseil admettant l'Île-du-Prince-Édouard dans l'Union, donne au Canada et aux provinces des droits et des obligations en leur qualité de personnes juridiques distinctes. Toutefois, la nature de ces entités et celle de leurs obligations et leurs droits respectifs doivent être précisées. L'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* et la disposition habilitante voulue adoptée par la province confèrent à la Cour compétence pour juger des litiges entre le gouvernement du Canada et celui d'une province, litiges qui peuvent porter, entre autres, sur ces droits et ces obligations. À l'instar du juge en chef, je suis d'avis, en toute déférence, que ni la doctrine de l'indivisibilité ni celle de l'immunité de la Couronne, que ce soit du point de vue de la procédure ou du droit positif, ne doivent empêcher de statuer sur la responsabilité intergouvernementale aux termes de cette disposition qui prévoit clairement que le Canada et les provinces doivent être traités comme des personnes juridiques distinctes et égales lorsqu'il s'agit de juger un litige qui a pris naissance entre elles. Le terme « litige » a un sens assez général pour embrasser tout genre de droit, d'obligation ou de responsabilité qui peut exister entre les gouvernements ou leur personification juridique stricte. Le terme est certainement assez général pour comprendre un litige portant sur la question de savoir si un gouvernement est passible de dommages-intérêts envers un autre. Il n'est pas clair que le pouvoir judiciaire conféré par l'article 19 comprenne le pouvoir d'accorder une réparation supplémentaire de même qu'un jugement déclaratoire, mais je présume, compte tenu de la nature des parties au litige, que c'était un jugement déclaratoire qui était envisagé. Les procédures en l'espèce ont revêtu la forme d'une action en dommages-intérêts intentée par Sa Majesté la Reine, du chef de l'Île-du-Prince-Édouard, contre Sa Majesté la Reine, du chef du Canada, mais puisque les procédures ont été clairement intentées aux fins d'invoquer la compétence de la Cour en vertu de l'article 19, l'intitulé de la cause et la nature du redressement sollicité sont, à mon humble avis, des questions de forme qui ne devraient pas annuler le fond de la réclamation. Je ne vois aucune raison pour ne pas considérer l'action comme étant de façon générale, une demande de redressement visant à obtenir de la Cour une décision ou un jugement déclaratoire selon lequel la

[76] The next decision worthy of consideration is that of this Court in *Canada v. Quebec (Attorney General)*, 2008 FCA 201, 381 N.R. 298 (*Canada v. Quebec*). In that case, at the invitation of Canada, Quebec commenced proceedings under section 19 of the FCA. Although six questions for determination were before the Federal Court, on appeal, the parties agreed that only three questions should be addressed by this Court. These questions are described by Hugessen J. in an order dated September 5, 2001, as follows:

[TRANSLATION] Did the Minister of Finance of Canada (the Minister) make a reviewable error in his findings, namely

1 – that the adoption of the *Act to Amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation* to make it possible to apply the QST to the GST is not a change made by Quebec to its tax structure within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(i) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year;

2 – that the increased mark-up of the SAQ for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year; and

3 – that the increased mark-up rate of the Société des loteries et courses du Québec for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up of goods sold to the public by that agency within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year.

[77] These questions were the result of Quebec commencing a declaratory action against Canada on October 17, 1995, wherein it challenged the federal Minister of Finance’s decision dated November 29, 1994, to reject its application for a stabilization payment for its revenue for the 1991–1992 fiscal year filed on September 28, 1993. More particularly, Quebec argued that Canada had failed to recognize the changes it

province a droit à des dommages-intérêts en raison de la prétendue inexécution par le Canada de son devoir. [Non souligné dans l’original.]

[76] La décision suivante digne d’être prise en considération est l’arrêt de notre Cour *Canada c. Québec (Procureur général)*, 2008 CAF 201 [*Canada c. Québec*]. Dans cet arrêt, à l’invitation du Canada, le Québec a intenté une procédure en vertu de l’article 19 de la LCF. Bien que la Cour fédérale ait été saisie de six questions à trancher, en appel, les parties ont convenu que notre Cour devait uniquement se pencher sur trois d’entre elles. Ces questions ont été formulées de la manière ci-après par le juge Hugessen dans une ordonnance datée du 5 septembre 2001 :

Est-ce que le ministre des Finances du Canada (ministre) a commis une erreur révisable dans ses déterminations suivantes :

1 – Que l’adoption de la *Loi modifiant la Loi concernant l’impôt sur la vente en détail et d’autres dispositions législatives d’ordre fiscal*, afin de permettre notamment l’application de la TVQ sur la TPS, ne constitue pas un changement apporté à la structure fiscale du Québec au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 12(1)(b)(i) du Règlement pour l’exercice 1991-1992;

2 – Que l’augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la SAQ pour l’exercice financier 1991-1992 ne constitue pas une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 12(1)(b)(viii) du Règlement pour l’exercice 1991-1992; et

3 – Que l’augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la Société des loteries et courses du Québec pour l’exercice 1991-1992 ne constitue pas une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 12(1)(b)(viii) du Règlement pour l’exercice 1991-1992.

[77] Ces questions font suite à l’introduction par le Québec d’une action déclaratoire contre le Canada le 17 octobre 1995, dans laquelle la province a contesté la décision du ministre fédéral des Finances, datée du 29 novembre 1994, de rejeter sa demande relative à un paiement de stabilisation de ses revenus pour l’exercice 1991–1992, déposée le 28 septembre 1993. Plus précisément, le Québec reprochait au Canada de ne pas reconnaître

had made to the structure of its taxes, namely the Quebec sales tax, as a result of Canada's introduction of the new goods and services tax and in challenging the increase and the marks-ups of the Société des alcools du Québec and the Société des loteries et courses du Québec on goods and services sold to the public by Quebec.

[78] One of the issues which our Court had to decide was the nature of the remedy available under section 19 of the FCA. After indicating that the Federal Court had concluded that section 19 proceedings were not applications for judicial review under subsection 18(1) of the FCA but rather proceedings the purpose of which was to determine the merits of the dispute, Létourneau J.A., at paragraph 11 of his reasons, held that the section did not pertain to administrative disputes between a government and an individual, but rather concerned controversies "between two political entities under the same indivisible Crown." He further stated, at paragraph 13 of his reasons, that the applicable procedure to a section 19 proceeding was "dependent on and a function of the true nature of the dispute between the parties."

[79] Finally, I wish to refer to this Court's decision in *Alberta v. Canada*. In that case, seven First Nations, parties to Treaty No. 7 of 1877, began an action against Her Majesty the Queen in right of Alberta and Her Majesty the Queen in right of Canada for breach of trust and fiduciary obligations.

[80] More particularly, the First Nations argued that they had not relinquished title to Treaty No. 7 land and that they opposed the transfer of lands and rights and resources of that land from Canada to Alberta under the *Natural Resources Transfer Agreement*, confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26].

[81] In September 2001, a prothonotary of the Federal Court granted Alberta's motion to be removed as a defendant on the grounds that the Federal Court did not have jurisdiction in regard to the plaintiffs' claim against

les changements qu'il avait apportés à la structure de ses impôts, notamment la taxe de vente du Québec, à la suite de l'introduction par le Canada de la nouvelle taxe sur les produits et services et de nier l'augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec et de la Société des loteries et courses du Québec sur les biens et les services vendus au public par le Québec.

[78] L'une des questions que notre Cour devait trancher était la nature du recours pouvant être exercé en application de l'article 19 de la LCF. Après avoir indiqué que la Cour fédérale avait conclu que la procédure prévue à l'article 19 n'était pas une demande de contrôle judiciaire assujettie au paragraphe 18(1) de la LCF, mais plutôt une procédure dont l'objet était de trancher le fond du différend, le juge Létourneau, au paragraphe 11 de ses motifs, a conclu que l'article ne concernait pas les différends administratifs entre un gouvernement et un administré, mais plutôt les litiges « entre deux entités étatiques d'une même Couronne indivisible ». Il a également affirmé, au paragraphe 13 de ses motifs, que la procédure applicable au titre de l'article 19 était « tributaire et fonction de la véritable nature du litige qui existe entre les parties ».

[79] Enfin, j'aimerais renvoyer à l'arrêt de notre Cour *Alberta c. Canada*. Dans cette affaire, sept Premières Nations, parties au Traité n° 7 de 1877, avaient intenté une action contre Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et Sa Majesté la Reine du chef du Canada pour manquement à leurs obligations fiduciaires et fiduciales.

[80] Plus précisément, les Premières Nations soutenaient, entre autres, qu'elles n'avaient pas renoncé au titre ancestral lié au territoire visé par le Traité n° 7 et contestaient le transfert fait par le Canada à l'Alberta du territoire et des droits sur ses ressources, en vertu de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles*, confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].

[81] En septembre 2001, un protonotaire de la Cour fédérale a accueilli la requête de l'Alberta, qui demandait à être mise hors de cause à titre de défenderesse au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour

it. On December 18, 2003, Canada filed its statement of defence in the Federal Court action.

[82] On March 31, 2010, Canada applied for a stay of the action against it so as to assert a Third Party Claim against Alberta. Canada did so by way of an action commenced in April 2010 in the Court of Queen’s Bench of that province seeking contribution and indemnity from Alberta with regard to any judgment that might be rendered by the Federal Court against it in favour of the plaintiffs.

[83] Then, on February 18, 2014, Canada sought an order from the Federal Court granting it leave to commence a Third Party Claim against Alberta in that Court, which motion was granted by a prothonotary. That decision was upheld on appeal by a judge of the Federal Court [*Kainaiwa Nation (Blood Tribe) v. Canada*, 2016 FC 817]. The Judge’s decision was appealed to this Court (*Alberta v. Canada*, 2018 FCA 83, 425 D.L.R. (4th) 366). At paragraph 22 of her reasons for the Court, Gauthier J.A. said as follows:

Despite the temptation to give a definite answer to the question of jurisdiction so that Canada could immediately discontinue the Third Action [in the Alberta Courts], I can only conclude that it is not plain and obvious that the Federal Court does not have jurisdiction over the controversy (or “*litige*” in French) between Canada and Alberta on the basis of section 19 of the FC Act.

[84] After noting at paragraph 24 of her reasons that section 19 did not apply to controversies between individuals and Alberta, Gauthier J.A. indicated [at paragraph 26] that there appeared to be “no limit as to the type of controversy to which [section 19] would apply.” Further, at paragraph 30 of her reasons, she indicated that section 19 offered a pragmatic and practical approach to resolve intergovernmental disputes and that it was now clear that the section provided only concurrent jurisdiction to the Federal Court. By that, she meant that provinces could sue each other in a provincial Superior Court but only “before the defending’s [*sic*] provincial Crown’s courts” (at paragraph 29).

entendre la demande des demandeurs déposée contre elle. Le 18 décembre 2003, le Canada a déposé sa défense dans l’action portée devant la Cour fédérale.

[82] Le 31 mars 2010, le Canada a demandé la suspension de l’action intentée contre lui en vue de présenter une demande de mise en cause contre l’Alberta. Le Canada a déposé cette demande au moyen d’une action intentée en avril 2010 devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, par laquelle elle demandait une contribution et une indemnité de la part de l’Alberta dans l’éventualité où la Cour fédérale rendrait un jugement contre lui en faveur des demandeurs.

[83] Par la suite, le 18 février 2014, le Canada a présenté à la Cour fédérale une requête en ordonnance l’autorisant à introduire une demande de mise en cause contre l’Alberta devant cette cour, laquelle requête a été accueillie par un protonotaire. Cette décision a été confirmée en appel par un juge de la Cour fédérale [*Nation Kainaiwa (Tribu des Blood) c. Canada*, 2016 CF 817]. La décision du juge a été portée en appel devant notre Cour (*Alberta c. Canada*, 2018 CAF 83). Au paragraphe 22 des motifs rédigés au nom de la Cour, la juge Gauthier s’est exprimée ainsi :

Malgré la tentation de donner une réponse définitive à la question de la compétence pour que le Canada puisse immédiatement se désister de la troisième action [devant les tribunaux de l’Alberta], je puis seulement conclure qu’il n’est pas évident ni manifeste que la Cour fédérale n’a pas compétence sur le litige (« *controversy* » en anglais) entre le Canada et l’ALBERTA sur le fondement de l’article 19 de la Loi sur les CF.

[84] Après avoir fait observer, au paragraphe 24 de ses motifs, que l’article 19 ne s’appliquait pas aux litiges entre des particuliers et l’Alberta, la juge Gauthier a indiqué [au paragraphe 26] qu’il ne semblait pas y avoir « de limite quant au type de litige auquel [l’article 19] s’appliquerai[t] ». De plus, au paragraphe 30 de ses motifs, elle a indiqué que l’article 19 offrait une approche pragmatique et pratique pour traiter les litiges intergouvernementaux et qu’il était clair qu’aujourd’hui, l’article ne faisait que conférer une compétence concurrente à la Cour fédérale. Elle voulait dire par là qu’une province pouvait en poursuivre une autre devant une cour supérieure provinciale, mais seulement « devant les tribunaux de la Couronne provinciale défenderesse » (au paragraphe 29).

[85] What do these cases stand for and what principles can we deduce from them? The cases clearly show the following. First, they reveal that the controversies to be heard under section 19 are not “ordinary” disputes between citizens and the Crown or between citizens. This is carefully explained by Chief Justice Jockett in *Canada v. P.E.I.* where, at pages 557 to 559, he makes a distinction between the jurisdiction under section 19 and that of the “municipal courts”, i.e. the superior courts of the provinces. More particularly, he makes it clear that jurisdiction under section 19 is to allow for the determination of disputes between political entities and not between a government and ordinary persons.

[86] In this perspective, the words of Idington J. at page 101 of his reasons in *Ontario v. Canada 1909* are relevant. Idington J. says that the controversy under section 19 must be one pitting “the Crown against the Crown for both parties act in the name of the Crown”. Also of relevance are Le Dain J.’s remarks at page 583 in *Canada v. P.E.I.* where he speaks of section 19 as a jurisdiction to determine disputes between Canada and the provinces or between the provinces. Further, in *Canada v. Quebec*, Létourneau J.A. explained, at paragraph 11, that section 19 was a jurisdiction conferred on the Federal Court to settle disputes between “political entities under the same indivisible Crown.”

[87] In my respectful view, the cases exemplify the types of disputes which fall under section 19, i.e. the Crown versus the Crown, a province against Canada, or a government against a government, wherein the parties assert “Sovereign” or “Crown” rights against each other. It is because such cases do not occur often that there is a paucity of decisions concerning section 19. I have no doubt that if the Judge is correct in his approach, then section 19 jurisprudence will be dramatically increased. Contrary to the Judge, I do not believe that it is the absence of case law regarding the section which explains why lawyers have been reluctant to commence proceedings under section 19. In my view, it is the distinct nature of the cases falling under section 19 which explains why there is not much jurisprudence on the subject.

[85] Que représentent ces affaires et quels principes pouvons-nous en dégager? Ces affaires montrent clairement ce qui suit. Premièrement, elles révèlent que les litiges entendus en application de l’article 19 ne sont pas des différends « ordinaires » entre des citoyens et la Couronne ou entre un citoyen et un autre. Le juge en chef Jockett prend soin de l’expliquer dans l’arrêt *Canada c. Î.-P.-É.* où, aux pages 557 à 559, il établit une distinction entre la compétence conférée par l’article 19 et celle des « cours municipales », c’est-à-dire des cours supérieures des provinces. Plus particulièrement, il affirme sans ambiguïté que la compétence conférée par l’article 19 vise à permettre de trancher les différends entre des entités politiques et non entre un gouvernement et des personnes ordinaires.

[86] Dans cette perspective, les mots du juge Idington à la page 101 de ses motifs dans l’arrêt *Ontario v. Canada 1909* sont pertinents. Le juge Idington affirme que le litige visé par l’article 19 doit en être un qui [TRADUCTION] « oppose la Couronne à la Couronne étant donné que les deux parties agissent au nom de la Couronne ». Les observations du juge Le Dain, à la page 583 de l’arrêt *Canada c. Î.-P.-É.*, sont également pertinentes. Il y parle de l’article 19 comme d’une compétence servant à trancher les différends entre le Canada et les provinces ou les différends entre provinces. De plus, dans l’arrêt *Canada c. Québec*, le juge Létourneau a expliqué, au paragraphe 11, que l’article 19 était une compétence conférée à la Cour fédérale pour régler les différends entre « entités étatiques d’une même Couronne indivisible ».

[87] À mon avis, ces affaires illustrent les types de différends visés par l’article 19, c’est-à-dire ceux opposant la Couronne à la Couronne, une province au Canada ou un gouvernement à un autre gouvernement, dans lesquels les parties font valoir des droits « souverains » ou « de la Couronne » les unes contre les autres. C’est parce que de tels cas se produisent rarement que peu de décisions ont été rendues concernant l’article 19. Je ne doute pas que, si l’approche adoptée par le juge de la Cour fédérale est la bonne, la jurisprudence relative à l’article 19 augmentera de façon spectaculaire. Contrairement au juge de la Cour fédérale, je ne crois pas que ce soit l’absence de jurisprudence concernant cet article qui explique pourquoi les avocats ont hésité à intenter des procédures en vertu de l’article 19. À mon avis, c’est la nature distincte des

[88] This leads me to say that because the above disputes were clearly within the purview of section 19, the comments made in those cases and more particularly those made by Le Dain J. in *Canada v. P.E.I.* and by Gauthier J.A. in *Canada v. Alberta*, with regard to the meaning of the word “controversy” and to the effect that the word should be given a broad interpretation, must be understood in the context of those cases. In other words, to the extent that the controversy or the dispute is one where “Sovereign” or “Crown” interests and rights are being pursued, then I fully agree that the word “controversy” should be given a broad interpretation.

[89] However, all of this begs the question which we must answer here, i.e. whether B.C. is asserting “Sovereign” or “Crown” interests or rights against Alberta. If not, then we need not pursue the matter any further because the controversy is not within section 19, however broadly construed.

[90] All of the above cases pertain to actions or proceedings which could only be commenced by a province or by Canada. None of the disputes concerned individuals or persons who might be affected by a statute. Considering the nature of the controversies before the Court in those cases, only the respective provincial governments or Canada could litigate the matters raised in the proceedings. No private rights were claimed or asserted by the parties in those cases. On the contrary, the rights asserted were rights which could only be asserted by the Crown, either in the right of Canada or in the right of a province.

[91] Perhaps I can give an example of a controversy which would no doubt fall under section 19. The boundary between Quebec and Ontario (in Eastern Ontario) is the middle of the Ottawa River which divides the two provinces. Should one of the provinces enact legislation or take other means to assert that its boundary includes the whole of the Ottawa River, the other province would surely challenge that assertion. In such a scenario, there

affaires relevant de l’article 19 qui explique pourquoi il n’y a pas beaucoup de jurisprudence sur le sujet.

[88] Cela m’amène à dire que, puisque les litiges mentionnés ci-dessus relevaient de toute évidence de l’article 19, les observations formulées dans ces décisions, et plus précisément celles du juge Le Dain dans l’arrêt *Canada c. Î.-P.-É.* et de la juge Gauthier dans l’arrêt *Canada c. Alberta*, en ce qui concerne le sens du mot « litige » et le fait qu’il faut lui donner une interprétation large, doivent être comprises dans leur contexte. Autrement dit, dans la mesure où le litige ou le différend porte sur la revendication d’intérêts et de droits « souverains » ou « de la Couronne », je suis tout à fait d’accord que le mot « litige » doit recevoir une interprétation large.

[89] Cependant, tout cela nous ramène à la question à laquelle nous devons répondre en l’espèce, à savoir si la Colombie-Britannique fait valoir des intérêts ou des droits « souverains » ou « de la Couronne » contre l’Alberta. Si ce n’est pas le cas, il n’est pas nécessaire d’aller plus loin, car le litige ne serait pas visé par l’article 19, même si celui-ci reçoit une interprétation large.

[90] Tous les précédents mentionnés se rapportent à des actions ou à des procédures qui ne pouvaient être intentées que par une province ou par le Canada. Aucun des litiges ne concernait des particuliers ou des personnes morales pouvant être touchés par une loi. Compte tenu de la nature des litiges portés devant la Cour dans ces affaires, seuls les gouvernements provinciaux concernés ou le Canada pouvaient porter devant les tribunaux les questions soulevées dans les instances. Aucun droit privé n’était revendiqué ou invoqué par les parties dans ces affaires. Au contraire, les droits invoqués étaient des droits dont seule la Couronne pouvait se prévaloir, soit du chef du Canada, soit du chef d’une province.

[91] Permettez-moi de donner un exemple d’un litige qui tomberait sans aucun doute sous le coup de l’article 19. La frontière entre le Québec et l’Ontario (dans l’est de l’Ontario) se trouve au milieu de la rivière des Outaouais, qui sépare les deux provinces. Si l’une des provinces adoptait une loi ou prenait d’autres moyens pour affirmer que sa frontière comprend la totalité de la rivière des Outaouais, l’autre province contesterait

cannot be any doubt that only the province or its government could institute proceedings to challenge the other province's decision to include in its territory the whole of the Ottawa River. Such a dispute or controversy would clearly fall within section 19 so as to allow the Federal Court to determine the controversy.

[92] The case before us is clearly not one which falls in such a category of controversies. The dispute herein is, in reality, one between a province and ordinary persons in the sense explained by Chief Justice Jaccottet in *Canada v. P.E.I.* in that anyone harmed by the Act, whether individuals or corporations, will be in a position to challenge the constitutional validity of the harming legislation. It goes without saying that such challenges are not uncommon in Canada since every year there are many constitutional challenges brought before the superior courts of the provinces with regard to the validity of provincial or federal legislation.

[93] There is no doubt, in the present matter, that the Act can be challenged and probably will be challenged, if the Minister denies a licence to an individual or a corporation to export natural gas, crude oil or refined fuels. If it is true that the purpose of the Act is to punish British Columbians, it may well be that a licence to export these products to British Columbia will be denied and hence a challenge will be mounted, not by B.C. in its sovereign capacity, but by those harmed by the legislation or by any person or group of persons seeking to challenge the Act on the basis of public interest standing.

[94] As the Judge says in his reasons, no provincial attorney general has ever begun a challenge, by way of section 19, such as the one now before our Court. In other words, no provincial attorney general has ever sought a bare declaration of invalidity of another province's legislation in the Federal Court. Nor has, to my knowledge, the Attorney General of Canada ever challenged provincial legislation in the Federal Court pursuant to section 19.

sûrement cette affirmation. Dans un tel scénario, il ne fait aucun doute que seuls la province ou son gouvernement pourraient engager une procédure pour contester la décision de l'autre province d'inclure dans son territoire la totalité de la rivière des Outaouais. Un tel différend ou litige relèverait de toute évidence de l'article 19 et la Cour fédérale pourrait le trancher.

[92] L'affaire dont nous sommes saisis n'appartient manifestement pas à cette catégorie de litiges. Le différend en l'espèce est, en réalité, un différend entre une province et des personnes ordinaires au sens où l'explique le juge en chef Jaccottet dans l'arrêt *Canada c. Î.-P.-É.*, c'est-à-dire que toute personne lésée par la Loi, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'une société, sera en mesure de mettre en doute la constitutionnalité des dispositions qui lui portent préjudice. Il va sans dire que de telles contestations ne sont pas rares au Canada puisque, chaque année, les cours supérieures des provinces sont saisies de nombreuses contestations constitutionnelles portant sur la validité de lois provinciales ou fédérales.

[93] Il ne fait aucun doute, en l'espèce, que la Loi peut être contestée, et le sera probablement, si le ministre refuse à un particulier ou à une société un permis d'exportation de gaz naturel, de pétrole brut ou de combustibles raffinés. S'il est vrai que l'objet de la Loi est de punir les Britanno-Colombiens, il se peut fort bien qu'un permis d'exportation de ces produits vers la Colombie-Britannique soit refusé et que, par conséquent, les dispositions soient contestées non pas par la Colombie-Britannique en sa qualité de souverain, mais par les personnes lésées par la Loi ou par toute personne ou tout groupe de personnes cherchant à contester la Loi en invoquant la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[94] Comme le dit le juge de la Cour fédérale dans ses motifs, il n'est jamais arrivé que le procureur général d'une province tente de contester une loi au moyen de l'article 19, comme dans l'affaire dont notre Cour est saisie. Autrement dit, il n'est jamais arrivé que le procureur général d'une province demande à la Cour fédérale, sans demander d'autres mesures, une déclaration invalidant la loi d'une autre province. De même, à ma connaissance, le procureur général du Canada n'a jamais contesté de

[95] Such challenges are not, in my respectful view, challenges that fall within the purview of section 19. This is because section 19 cannot have been enacted to provide a parallel forum to that of the provincial superior courts so as to allow the Attorney General of Canada to challenge provincial legislation or to allow provincial attorneys general to challenge either federal legislation or another province's legislation in the Federal Court. As I have already indicated, the above cases are all perfect examples of the type of disputes for which section 19 was enacted, i.e. the determination of rights and interests between the political entities of this country. This can only mean that jurisdiction under section 19 is something other than the "ordinary" jurisdiction pursuant to which the courts pronounce on the constitutional validity of a statute.

[96] I will now highlight some of the possible legal challenges which, in my view, might come to the Federal Court, by way of section 19, if the Judge's decision is found to be correct. The Supreme Court's decision in *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342 (*Comeau*) provides a good example of what might happen if we were to support the Judge's approach. As in the present matter, *Comeau* is a case where a challenge was brought to the constitutionality of provincial legislation. Mr. Comeau alleged that the provincial legislation at issue was unconstitutional by virtue of section 121 of the *Constitution Act, 1867*.

[97] Mr. Comeau, a resident of New Brunswick, drove to the province of Quebec on October 6, 2012, and purchased a large quantity of beer and a few bottles of spirits from three different stores in Quebec. On his return to New Brunswick, he was stopped by the Royal Canadian Mountain Police which had been monitoring New Brunswick visitors to liquor stores situated in Quebec. It was determined that Mr. Comeau's purchases were in excess of the limit prescribed by paragraph 43(c) of the New Brunswick *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10 (the *Liquor Act*). He was charged under paragraph 134(b)

loi provinciale devant la Cour fédérale en recourant à l'article 19.

[95] De telles contestations ne relèvent pas, à mon humble avis, de l'article 19. En effet, l'article 19 ne peut pas avoir été adopté dans le but d'offrir une instance concurrente aux cours supérieures provinciales qui permettrait au procureur général du Canada de contester une loi provinciale ou aux procureurs généraux de provinces de contester une loi fédérale ou une loi d'une autre province devant la Cour fédérale. Comme je l'ai déjà indiqué, les décisions mentionnées plus haut sont toutes de parfaits exemples du type de différends pour lesquels l'article 19 a été adopté, c'est-à-dire des affaires portant sur les droits et les intérêts entre des entités politiques du pays. Une seule interprétation est possible : la compétence conférée par l'article 19 diffère de la compétence « ordinaire » en vertu de laquelle les tribunaux se prononcent sur la constitutionnalité de lois.

[96] Je vais maintenant mettre en évidence certaines contestations juridiques possibles dont, à mon avis, la Cour fédérale pourrait être saisie au titre de l'article 19 si la décision du juge de la Cour fédérale était jugée correcte. Dans l'arrêt *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342 (arrêt *Comeau*), la Cour suprême fournit un bon exemple de ce qui pourrait se produire si nous devons souscrire à l'approche du juge de la Cour fédérale. Dans l'affaire *Comeau*, comme en l'espèce, la constitutionnalité d'une loi provinciale était contestée. M. Comeau soutenait que la loi provinciale en question était inconstitutionnelle en raison de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[97] M. Comeau, un résident du Nouveau-Brunswick, s'était rendu en voiture dans la province de Québec le 6 octobre 2012 et avait acheté une grande quantité de bière et quelques bouteilles de spiritueux dans trois magasins différents au Québec. À son retour au Nouveau-Brunswick, il a été arrêté par la Gendarmerie royale du Canada, qui avait surveillé les visiteurs néo-brunswickois dans les magasins d'alcool situés au Québec. Il a été déterminé que les achats de M. Comeau dépassaient la limite prescrite à l'alinéa 43c) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10 (la *Loi sur*

of the Liquor Act and ordered to pay a fine of \$240 plus administrative fees.

[98] Mr. Comeau challenged his conviction on the grounds that by reason of section 121 of the *Constitution Act, 1867*, paragraph 134(b) of the Liquor Act was unconstitutional.

[99] The matter was heard by the New Brunswick Provincial Court which sided with Mr. Comeau (*R. v. Comeau*, 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1). The Crown, pursuant to subsection 116(3) of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1 sought leave to appeal the decision to the New Brunswick Court of Appeal which refused to grant leave (2016 CanLII 73665).

[100] As a result, the Crown appealed the matter to the Supreme Court of Canada. The principal issue before the Court was whether paragraph 134(b) of the Liquor Act infringed section 121 of the *Constitution Act, 1867*. The Supreme Court held that the impugned legislation did not infringe section 121 of the *Constitution Act, 1867*.

[101] Let us assume, for example, that prior to the events giving rise to the constitutional challenge in *Comeau*, the province of Quebec had adopted a liberal approach to the sale and trade of beer, wine, and liquor. By liberal approach, I mean that Quebec would have taken the position that its citizens could purchase, outside of Quebec, any quantity of beer, wine, and liquor and return with these products to the province without incurring any taxes or fines. On that premise, Quebec could have challenged the New Brunswick legal provision at issue in *Comeau* before the Federal Court under section 19 on the basis that the New Brunswick legislation was harmful to its interests, as represented by the Société des Alcools du Québec (SAQ), and to those of the various retail operations in Quebec which sell beer and/or wine. Thus Quebec could have taken the position that its challenge to the constitutional validity of the New Brunswick legal provisions constituted a controversy between it and New Brunswick, hence giving rise to a challenge under section 19.

les alcools). Il a été accusé en vertu de l'alinéa 134b) de la Loi sur les alcools et a été condamné à payer une amende de 240 \$, plus les frais administratifs.

[98] M. Comeau a contesté sa condamnation au motif qu'en raison de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'alinéa 134b) de la Loi sur les alcools était inconstitutionnel.

[99] L'affaire a été entendue par la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, qui a donné raison à M. Comeau (*R. c. Comeau*, 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1). La Couronne, en vertu du paragraphe 116(3) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, qui a refusé d'accorder cette autorisation (2016 CanLII 73665).

[100] Par conséquent, la Couronne a porté l'affaire devant la Cour suprême du Canada. La question principale dont était saisie la Cour était de savoir si l'alinéa 134b) de la Loi sur les alcools contrevenait à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême a conclu que la disposition contestée ne contrevenait pas à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[101] Imaginons, par exemple, que la province de Québec, avant que ne se produisent les faits à l'origine de la contestation constitutionnelle dans l'affaire *Comeau*, ait adopté une approche libérale concernant la vente et le commerce de la bière, du vin et des boissons fortement alcoolisées. Par approche libérale, j'entends que le Québec aurait décidé d'autoriser ses citoyens à acheter, en dehors de la province, une quantité illimitée de bière, de vin et de boissons fortement alcoolisées et de rapporter ces produits dans la province sans payer de taxes ou de pénalités financières. Sur ce fondement, le Québec aurait pu contester la disposition légale du Nouveau-Brunswick visée par l'arrêt *Comeau* devant la Cour fédérale en vertu de l'article 19 au motif que la nouvelle loi du Nouveau-Brunswick aurait porté préjudice à ses intérêts, représentés par la Société des Alcools du Québec (la SAQ), ainsi qu'aux intérêts des divers commerces de détail au Québec vendant de la bière ou du vin. Ainsi, le Québec aurait pu faire valoir que sa contestation de la constitutionnalité des

[102] With some imagination, one can think of other possible challenges that could be made against both federal and provincial legislation which would fall under the purview of section 19. I will provide another example of what I mean. Quebec's language legislation has, during the last 50 years, given rise to political discontent, not only inside the province, but outside of the province. Under the Judge's approach, it seems to me that the provincial attorneys general of the other provinces could, on their own or together, launch a challenge against Quebec's language legislation under section 19, arguing that their challenge of the language legislation constitutes a controversy between their province(s) and Quebec, and thus that the Federal Court has jurisdiction.

[103] I repeat what I have already said, i.e. that section 19 cannot have been enacted to allow provinces to challenge each other's legislation or to allow the Attorney General of Canada to pursue his constitutional challenges of provincial legislation in the Federal Court. Adopting the Judge's broad interpretation of section 19 would open the door to intrusion by one province into the affairs of other provinces. I do not believe that this was the intention of the provinces when they enacted the enabling legislation granting the Federal Court jurisdiction over intergovernmental disputes.

[104] Contrary to the situation in *Comeau*, the Act has yet to cause any harm to any person since no one has been denied a licence to export natural gas, crude oil, or refined fuels to British Columbia or elsewhere in Canada. This is due to the fact that no licensing regime has been established by the Minister, nor have any regulations been made. Presumably, if a licensing regime is established and regulations are enacted, a situation may occur where a licence will be denied in regard to the export of the aforementioned products. At such time, it will be open to the individuals or corporations denied the licence to challenge the constitutionality of the Act before the Alberta Court.

dispositions légales du Nouveau-Brunswick constituait un litige entre le Nouveau-Brunswick et le Québec, ce qui aurait donné lieu à la procédure intentée en vertu de l'article 19.

[102] Avec un peu d'imagination, on pourrait envisager d'autres contestations de lois, tant fédérales que provinciales, qui relèveraient de l'article 19. Voici un deuxième exemple qui illustre mon propos. La législation québécoise en matière de langues officielles, au cours des 50 dernières années, a suscité du mécontentement politique non seulement dans la province, mais aussi en dehors de celle-ci. Si on appliquait l'approche du juge de la Cour fédérale, il semblerait que les procureurs généraux des autres provinces pourraient, individuellement ou collectivement, contester la législation québécoise en matière de langues officielles en vertu de l'article 19, en faisant valoir que leur contestation constitue un litige entre leur province et le Québec et que, par conséquent, la Cour fédérale est compétente.

[103] Je le répète, l'article 19 ne peut pas avoir été édicté afin de permettre aux provinces de contester les lois d'autres provinces ou afin de permettre au procureur général du Canada de contester devant la Cour fédérale la constitutionnalité de lois provinciales. Souscrire à l'interprétation large de l'article 19 qu'a faite le juge de la Cour fédérale ouvrirait la porte à l'ingérence de provinces dans les affaires d'autres provinces. Je ne crois pas que ce fût là l'intention des provinces lorsqu'elles ont adopté la législation habilitante qui a conféré à la Cour fédérale compétence pour juger les litiges intergouvernementaux.

[104] Contrairement à la situation dans l'affaire *Comeau*, la Loi n'a encore porté préjudice à personne, car elle n'a pas été utilisée pour rejeter une demande de permis d'exportation de gaz, de pétrole ou de combustible raffiné vers la Colombie-Britannique ou ailleurs au Canada. Il en est ainsi parce que le ministre n'a pas encore créé de régime d'octroi de permis et qu'aucun règlement en la matière n'a été pris. Vraisemblablement, s'il existait un régime d'octroi de permis et des règlements, il y aurait des cas de refus de permis d'exportation des produits mentionnés ci-dessus. À ce moment-là, il reviendrait aux personnes ou aux entreprises ayant essuyé ce refus de décider de

[105] In further support of my view, I wish to point out that, pursuant to section 35.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26 (the *Supreme Court Act*), entitled “Inter-governmental disputes”, there is an appeal as of right to the Supreme Court of Canada against a decision rendered by this Court in a matter commenced under section 19 of the FCA. This appeal provision existed in various forms prior to the enactment of section 35.1 of the *Supreme Court Act* in 1990. In particular, a provision with virtually identical language could be found in section 32 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. Prior to that, similar language could be found in subsection 32(2) of the *Exchequer Court Act* 1906 and section 55 of the *Supreme and Exchequer Courts Act* of 1875.

[106] As far as I can tell, no appeal as of right exists from a decision of a provincial court of appeal to the Supreme Court unless the decision pertains to a criminal matter such as was the case in *Comeau*. Nor do I believe that decisions of this Court can be appealed to the Supreme Court of Canada without leave being granted by the Supreme Court. My only explanation for section 35.1 of the *Supreme Court Act* is that controversies brought before the Federal Court under section 19 are controversies of the type dealt with by the cases which I have reviewed above, i.e. cases which clearly involve disputes regarding “Sovereign” or “Crown” rights and interests. Such disputes were presumably viewed as exceptional matters which explains why the Exchequer Court, and now the Federal Court, were given jurisdiction over matters in respect of which they would otherwise not have had jurisdiction and why such cases can be appealed, as of right, to the Supreme Court of Canada.

[107] In the present matter, as I have already indicated, B.C. is not asserting its “Sovereign” or “Crown” interests but, as it says at paragraph 1 of its statement of claim, it

contester ou non la constitutionnalité de la Loi devant la Cour de l’Alberta.

[105] Pour étayer mon point de vue, j’aimerais souligner que l’article 35.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, qui porte le titre « Différends entre gouvernements », prévoit un droit d’appel d’office à la Cour suprême du Canada à l’encontre des décisions de notre Cour dans les instances visées par l’article 19 de la LCF. Cette disposition prévoyant un droit d’appel a existé sous des formes diverses avant l’adoption de l’article 35.1 de la *Loi sur la Cour suprême* en 1990. Plus précisément, on trouve une disposition dont le libellé est quasi identique à l’article 32 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10. Avant cela, on trouvait des libellés semblables au paragraphe 32(2) de la *Loi de la cour de l’Échiquier* de 1906 et à l’article 55 de l’*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier* de 1875.

[106] À ma connaissance, il n’existe pas de droit d’appel de plein droit d’une décision rendue par une cour d’appel provinciale auprès de la Cour suprême sauf si cette décision concerne une affaire criminelle, comme dans l’arrêt *Comeau*. Je ne crois pas non plus que l’on puisse interjeter appel d’un arrêt rendu par notre Cour devant la Cour suprême du Canada sans autorisation préalable de cette dernière. La seule explication que je puis donner à l’existence de l’article 35.1 de la *Loi sur la Cour suprême* est que les litiges portés devant la Cour fédérale en vertu de l’article 19 sont du type visé dans les arrêts que j’ai examinés plus haut, c’est-à-dire des litiges qui portent manifestement sur un différend concernant des droits ou des intérêts « souverains » ou « de la Couronne ». Il est vraisemblable que ces litiges aient été considérés comme étant exceptionnels, ce qui explique pourquoi la Cour de l’Échiquier à l’époque et la Cour fédérale aujourd’hui se sont vu conférer compétence pour entendre des affaires à l’égard desquelles elles n’auraient sinon pas eu compétence et que les décisions dans ces affaires sont susceptibles d’appel de plein droit devant la Cour suprême du Canada.

[107] En l’espèce, comme je l’ai indiqué plus haut, la Colombie-Britannique ne fait pas valoir d’intérêts « souverains » ni d’intérêts « de la Couronne ». Au contraire,

is acting on behalf of the residents of British Columbia, i.e. ordinary persons.

[108] It also bears noting that it does not appear that this Court or the Federal Court has ever declared a provincial law to be unconstitutional. Whether we could do so is open, in my respectful opinion, to serious doubt (see reasons of Karakatsanis J. in *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617 (*Windsor*), at paragraphs 59–65).

[109] One further comment is necessary before concluding. As I indicated earlier, the jurisdiction of the Federal Court under section 19 stems from consent having been given by the provinces involved in the matter. Alberta's position is that it never consented to give the Federal Court jurisdiction over a matter such as the one now before us. In making this argument, Alberta says that its consent to the Court's jurisdiction cannot be taken from section 27 of its *Judicature Act*. The Judge dismissed this argument holding that section 27 did provide the necessary consent.

[110] This, in my view, raises the question, which we need not answer in this appeal, as to whether the Federal Court can or should assume jurisdiction when one of the parties to the litigation says that it does not consent to the Court exercising jurisdiction over the “dispute”. It also raises the question of whether Alberta could have withdrawn its consent, if indeed found in section 27, after the commencement of the proceedings by B.C., by enacting legislation to that effect. In *Ontario v. Canada 1909*, Duff J., at page 119 of his reasons, indicated that the province of Ontario could not be taken before the Court to answer Canada's claim, apart from the consent given by it in a provincial statute “(... and without its consent given in the particular case)”. This seems to suggest that a case cannot proceed under section 19 unless both parties willingly agree to do so.

comme elle l'a affirmé au paragraphe 1 de sa déclaration, elle agit pour le compte des résidents de la Colombie-Britannique, c'est-à-dire des personnes ordinaires.

[108] Il convient également de souligner qu'il semble que ni notre Cour ni la Cour fédérale n'ont jamais déclaré de loi provinciale inconstitutionnelle. À mon avis, on est en droit de douter sérieusement que cela soit possible (voir les motifs de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617 (*Windsor*), aux paragraphes 59 à 65).

[109] Une dernière observation est nécessaire avant que je conclue. Comme je l'ai indiqué plus haut, la compétence de la Cour fédérale au titre de l'article 19 découle du consentement qu'ont donné les provinces parties à l'affaire. L'Alberta soutient n'avoir jamais consenti à conférer à la Cour fédérale la compétence pour entendre une affaire telle que celle dont nous sommes saisis. À l'appui de son argument, l'Alberta affirme qu'on ne peut interpréter l'article 27 de la *Judicature Act* de l'Alberta comme étant le consentement de la province à confier à la Cour fédérale cette compétence. Le juge de la Cour fédérale a rejeté cet argument et a conclu que l'article 27 fournissait le consentement nécessaire.

[110] Je suis d'avis que cela soulève la question, à laquelle il n'est pas nécessaire de répondre dans le présent appel, de savoir si la Cour fédérale peut ou devrait se déclarer compétente lorsque l'une des parties à la procédure soutient qu'elle n'a pas consenti à ce que la Cour exerce sa compétence pour entendre le « litige ». Cela soulève également la question de savoir si l'Alberta aurait pu retirer son consentement, si on avait conclu à son existence du fait de l'article 27, après l'introduction de la procédure par la Colombie-Britannique, en adoptant une disposition légale à cet effet. Dans l'arrêt *Ontario v. Canada 1909*, le juge Duff, à la page 119 de ses motifs, a indiqué qu'on ne pouvait pas obliger la province de l'Ontario à répondre devant la Cour aux revendications du Canada sans qu'elle y ait consenti dans une loi provinciale et [TRADUCTION] « sans qu'elle y ait consenti à l'égard de cette affaire précise ». Cela semble montrer qu'une procédure intentée en vertu de l'article 19 ne peut être examinée que si les deux parties y consentent de leur plein gré.

VIII. Conclusion

[111] For these reasons, I can only conclude that it is “plain and obvious” that B.C.’s challenge of the Act does not constitute a “controversy” falling under section 19 of the FCA. I would therefore dispose of the appeal in the manner proposed by LeBlanc J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[112] LEBLANC J.A.: I agree with my colleague, Nadon J.A., that this appeal should be allowed, but my conclusion is based on grounds that differ from his. In particular, I find that the Federal Court does have the jurisdiction, under section 19 of the FCA, to entertain proceedings in the nature of the one brought by B.C. in the instant case. At a minimum, it is not plain and obvious that it does not.

[113] That said, I am not satisfied that the legal test for granting declaratory relief has been met. As noted by my colleague, at all material times to these proceedings, the statutory devices required to make the Act operative, that is a licensing scheme articulated by a set of regulations, had yet to be put in place. As such, when this appeal was heard, no dispute of the kind giving rise to declaratory relief had yet arisen. In fact, such a dispute may never arise.

[114] For the facts and legislative provisions relevant to this appeal, as well as for the procedural history that led to it, I refer to my colleague’s reasons.

I. The Present Matter Raises a “Controversy” Within the Meaning of Section 19

[115] My colleague’s position that the “controversy” forming the basis of B.C.’s action against Alberta in the

VIII. Conclusion

[111] Pour ces motifs, je peux seulement conclure qu’il est « évident et manifeste » que la contestation de la Loi par la Colombie-Britannique ne constitue pas un litige visé par l’article 19 de la LCF. Par conséquent, je trancherais l’appel de la manière proposée par le juge LeBlanc.

* * *

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

[112] LE JUGE LEBLANC, J.C.A. : Je suis d’accord avec mon collègue, le juge Nadon, sur le fait qu’il faudrait accueillir le présent appel, mais je fonde mes conclusions sur des motifs différents des siens. Plus précisément, je conclus que la Cour fédérale a compétence, en vertu de l’article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour entendre des affaires de la nature de celle dont la Colombie-Britannique nous a saisis en l’espèce. Tout au moins, il n’est pas évident et manifeste qu’elle n’a pas cette compétence.

[113] Cela dit, je ne suis pas convaincu qu’il soit satisfait au critère juridique applicable au prononcé du jugement déclaratoire demandé. Comme l’a souligné mon collègue, pendant toute la période pertinente en l’espèce, les mécanismes réglementaires nécessaires pour que la Loi ait une application, en d’autres termes un régime d’octroi de permis régi par un ensemble de règlements, n’avaient pas encore été mis en place. Par conséquent, lorsque notre Cour a entendu le présent appel, il n’existait encore aucun litige du type pouvant donner lieu à un jugement déclaratoire. En fait, il est possible qu’un tel litige ne survienne jamais.

[114] En ce qui concerne les faits et les dispositions légales pertinents en l’espèce, ainsi que les étapes de la procédure ayant mené au présent appel, je renvoie aux motifs de mon collègue.

I. L’affaire en l’espèce soulève un « litige » au sens de l’article 19

[115] La thèse de mon collègue selon laquelle le « litige » à l’origine de l’action de la Colombie-Britannique

present case does not fall within the ambit of section 19 of the FCA stems from a review of the cases that have dealt with that provision or its predecessors. Those cases, according to my colleague, show that section 19 was meant to deal with controversies of a different nature, namely government versus government disputes wherein the parties assert against each other “Sovereign” or “Crown” rights, i.e. rights that can only be asserted by the Crown, either in her federal or provincial capacity, through proceedings that can only be commenced by a province or Canada.

[116] None of those cases, he points out, concerned persons who might have been affected by a statute and who would have had every right to challenge the constitutional validity of the harming legislation, be it provincial or federal, by resorting to the supervisory power of the provinces’ superior courts. That would be the case here, for an individual or corporation being denied an export licence by the Minister. If the true purpose of the Act is indeed to punish British Columbians, the Act could also be challenged by any person or group of persons on the basis of public interest standing.

[117] In sum, those cases, according to my colleague, are “all perfect examples of the type of disputes for which section 19 was enacted, i.e. the determination of rights and interests between political entities”, which is “something other than the ‘ordinary’ jurisdiction pursuant to which the courts pronounce on the constitutional validity of a statute.” This is all the more so, he adds, in light of the fact that the Federal Court’s ability to declare a provincial law unconstitutional, which is what that Court is being asked to do in the case at bar, is open to “serious doubt” as a result of comments made in *obiter* by the majority of the Supreme Court of Canada in *Windsor*.

[118] With respect, I would not limit the scope of Federal Court jurisdiction under section 19 of the FCA to the type of controversies that formed the basis of the cases discussed by my colleague. In my view, section 19, as determined by the Judge, is capable of a broader interpretation.

contre l’Alberta en l’espèce ne relève pas de l’article 19 de la LCF est fondée sur un examen des décisions dans lesquelles cette disposition ou une version antérieure a été discutée. Cette jurisprudence, selon mon collègue, montre que l’article 19 a été conçu pour s’appliquer à des litiges d’une nature différente, à savoir des litiges opposant des gouvernements dans lesquels une partie fait valoir à l’encontre de l’autre des droits « souverains » ou des droits « de la Couronne », c’est-à-dire des droits que seule la Couronne peut faire valoir, en sa qualité fédérale ou provinciale, au moyen d’une procédure qui ne peut être engagée que par une province ou par le Canada.

[116] Aucune de ces affaires, souligne-t-il, ne concerne des personnes qui ont été touchées par une loi et avaient pleinement le droit d’en contester la constitutionnalité, qu’il s’agisse d’une loi provinciale ou fédérale, en s’en remettant au pouvoir de surveillance des cours supérieures provinciales. L’affaire dont notre Cour a été saisie en l’espèce aurait pu correspondre à cette description si le ministre avait rejeté la demande de permis d’exportation d’une personne ou d’une société. Si le véritable objectif de la Loi consistait effectivement à punir les Britanno-Colombiens, toute personne ou tout groupe de personne pourrait également contester cette Loi en soutenant avoir qualité pour agir dans l’intérêt public.

[117] En résumé, ces décisions, selon mon collègue, constituent toutes de parfaits exemples du type de litiges pour lequel l’article 19 a été adopté, c’est-à-dire des affaires portant sur les droits et les intérêts d’entités politiques, ce qui « diffère de la compétence “ordinaire” en vertu de laquelle les tribunaux se prononcent sur la constitutionnalité de lois ». C’est d’autant plus vrai, ajoute-t-il, que l’on est en droit de « douter sérieusement » de la capacité de la Cour fédérale de déclarer inconstitutionnelle une loi provinciale, décision que l’on demande à notre Cour de prendre en l’espèce, compte tenu de remarques incidentes de la majorité de la Cour suprême du Canada formulées dans l’arrêt *Windsor*.

[118] Avec tout le respect que je dois à mon collègue, je ne limiterais pas la portée de la compétence conférée à la Cour fédérale par l’article 19 de la LCF au type de litiges à l’origine des arrêts que mon collègue a examinés. Je suis d’avis que l’article 19, comme l’a conclu le juge de la Cour fédérale, se prête à une interprétation plus large.

[119] I would make two observations before fleshing out my reasons on this point. First, as noted by my colleague, Alberta is not claiming that B.C.’s action is barred by section 101 of the *Constitution Act, 1867*, pursuant to which Parliament established the Federal Courts as “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.” In other words, Alberta does not assert that B.C.’s action must be struck because it fails to meet the three-prong test established by the Supreme Court in order to support a finding of Federal Court jurisdiction under section 101. This longstanding test, commonly known as the “*ITO* test”, requires that there be a statutory grant of jurisdiction by Parliament as well as an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction. It also requires that the law on which the case is based be “a law of Canada” pursuant to section 101 (*ITO-Int’l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *Windsor*, at paragraph 34).

[120] As this Court pointed out in *Alberta v. Canada*, section 19 is a “unique provision” in the sense that it does not appear to be grounded solely in Parliament’s legislative authority under section 101 of the *Constitution Act, 1867*; it is also grounded in the power of provincial legislatures “to confer to a statutory court jurisdiction over controversies or ‘*litiges*’ in French in respect of subject matters that could fall within section 92 of the *Constitution*” (*Alberta v. Canada*, at paragraphs 24 and 34).

[121] Put differently, on its own, section 19 does not confer any jurisdiction on the Federal Court. For that to happen, concurrent legislation needs to be adopted by the provinces willing to avail themselves of that jurisdiction, described by this Court as “an example of cooperative federalism” and, more particularly, as providing “a pragmatic and practical approach to deal with intergovernmental disputes” (*Alberta v. Canada*, at paragraph 30). The effect of that cooperative scheme, in my view, is to provide Canada and willing provinces with a judicial forum for the adjudication of their disputes—a

[119] Je ferais deux observations avant d’exposer en détail mes motifs à l’appui de cette conclusion. Premièrement, comme l’a souligné mon collègue, l’Alberta ne soutient pas que l’action de la Colombie-Britannique est impossible en raison de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon lequel le législateur a créé les Cours fédérales à titre de « tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». En d’autres termes, l’Alberta ne fait pas valoir que l’action de la Colombie-Britannique doit être rejetée au motif qu’elle ne satisfait pas au critère à trois volets établi par la Cour suprême et servant aux décisions sur la compétence de la Cour fédérale au titre de l’article 101. Selon ce critère de longue date, couramment appelé le « critère ITO », il doit y avoir attribution de compétence par une loi du législateur fédérale, ainsi qu’un ensemble de règles de droit fédérales qui est essentiel à la solution des litiges et qui constitue le fondement de l’attribution légale de compétence. Ce critère exige également que la loi invoquée dans l’affaire soit une « loi du Canada » au sens de l’article 101 (*ITO-Int’l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766, 1986 CanLII 91; *Windsor*, au paragraphe 34).

[120] Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Alberta c. Canada*, l’article 19 constitue une « disposition unique » en ce sens qu’il ne semble pas être fondé uniquement sur le pouvoir de légiférer du législateur en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il est également fondé sur le pouvoir des législatures provinciales de « conférer à une cour d’origine législative la compétence sur les litiges, ou “*controversies*” en anglais, concernant des sujets qui pourraient relever de l’article 92 de la *Constitution* » (*Alberta c. Canada*, aux paragraphes 24 et 34).

[121] Autrement dit, l’article 19 en soi ne confère aucune compétence à la Cour fédérale. Pour que ce soit le cas, les provinces qui le veulent doivent adopter des lois par lesquelles elles acceptent de recourir à cette compétence, ce que notre Cour a appelé « un exemple de fédéralisme coopératif » et plus précisément « une approche pragmatique et pratique pour traiter les litiges intergouvernementaux » (*Alberta c. Canada*, au paragraphe 30). À mon sens, ce régime coopératif a pour effet de fournir au Canada et aux provinces qui le veulent un recours judiciaire permettant que soient tranchés leurs litiges — un

forum that due to Crown immunity concerns did not exist prior to that cooperative scheme's first enactment in 1875 (*Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1909), 42 S.C.R. 1, at page 119, aff'd [1910] A.C. 637 (P.C.); *Alberta v. Canada*, at paragraph 28)—and to grant the Federal Court jurisdiction over matters that it would not otherwise have under the Constitution.

[122] Though it appears highly unlikely that the *ITO* test need be satisfied when it comes to section 19, i.e. that a substratum of federal law must nourish the section 19 grant of Federal Court jurisdiction, this issue is not before us and is best left for another day.

[123] The sole question to be determined, then, as pointed out by the Judge, is one of statutory interpretation. This brings me to my second observation. Alberta's arguments on appeal are well summarized by my colleague in his reasons and there is no need to repeat them here. However, it became clear during oral submissions that the primary issue to be resolved is whether B.C.'s action arises from a live or actual controversy and not, assuming it does, whether the Federal Court has jurisdiction to entertain it. Indeed, Alberta now concedes that it is not plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to determine intergovernmental disputes where the constitutional validity of provincial legislation is at issue, as long as a live or real controversy underlies such a dispute.

[124] I take it, then, that Alberta no longer stands by what the Judge described as its main argument, i.e. that Parliament, when it first enacted section 19 (then section 54 of the *Supreme and Exchequer Courts Act*), considered the issue of challenges to the validity of legislation, federal or provincial, but opted to assign jurisdiction over such matters to the Supreme Court only.

[125] Although jurisdiction is a matter of law that does not flow from the parties' consent or failure to object (see e.g. *Pasqua First Nation v. Canada (Attorney General)*,

recours qui, en raison de doutes quant à l'immunité de la Couronne, n'existait pas avant l'adoption de la première version de ce mécanisme en 1875 (*Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1909), 42 R.C.S. 1, à la page 119, conf. par [1910] A.C. 637 (P.C.); *Alberta c. Canada*, au paragraphe 28) — et de conférer à la Cour fédérale compétence sur des affaires qui sinon ne relèveraient pas d'elle selon la Constitution.

[122] Bien qu'il semble hautement improbable qu'il soit nécessaire de satisfaire au critère *ITO* en ce qui concerne l'article 19, à savoir que l'attribution de la compétence de la Cour fédérale doit avoir pour fondement une loi fédérale, il vaut mieux laisser à d'autres le soin de répondre à cette question puisque notre Cour n'en est pas saisie.

[123] La seule question à trancher, par conséquent, comme l'a souligné le juge de la Cour fédérale, est une question d'interprétation des lois. Cette constatation m'amène à ma deuxième observation. La thèse de l'Alberta dans le présent appel ayant été bien résumée par mon collègue dans ses motifs, il n'est pas nécessaire que je la répète ici. Toutefois, il est clairement ressorti des observations orales que la principale question à trancher est celle de savoir si l'action de la Colombie-Britannique découle d'un litige actuel ou réel, et non de savoir, à supposer qu'un tel litige existe, si la Cour fédérale a compétence pour le trancher. En effet, l'Alberta reconnaît maintenant qu'il n'est pas évident et manifeste que la Cour fédérale n'a pas compétence pour trancher des litiges intergouvernementaux concernant la constitutionnalité de lois provinciales s'il existe un litige actuel ou réel.

[124] J'en conclus que l'Alberta ne s'en tient plus à ce que le juge de la Cour fédérale a considéré comme étant la thèse principale de l'Alberta, c'est-à-dire que le législateur, lorsqu'il a adopté la première version de l'article 19 (à l'époque l'article 54 de l'*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*), a pris en considération la mise en question de la validité des lois, fédérales ou provinciales, mais qu'il a décidé de réserver la compétence sur ces affaires à la Cour suprême.

[125] Même si la compétence est une question de droit qui ne découle pas du consentement des parties ou de l'absence d'objection de leur part (voir, par exemple, l'arrêt

2016 FCA 133, [2017] 3 F.C.R. 3, 483 N.R. 63, at paragraph 109), I would highlight that before this Court Alberta did not take the position that the Federal Court, irrespective of the nature of the controversy it is being asked to determine under section 19, is devoid of any authority to deal with the constitutional validity of provincial legislation.

[126] I now turn to the scope and meaning of section 19 and in particular to the issue of whether it is broad enough to encompass, in appropriate circumstances, interprovincial controversies that raise questions related to the constitutional validity of provincial legislation. As the Judge correctly pointed out, addressing that issue requires an analysis of the wording, context, and purpose of section 19 (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26).

[127] In my view, as I indicated at the outset of these reasons, such controversies do fall under the purview of section 19, and I reach that conclusion for substantially the same reasons as those given by the Judge. In particular, I endorse his thorough analysis of the legislative history and purpose of section 19. That history underscores the obstacles that prevented judicial resolution of disputes involving governments at the time of Confederation. Those obstacles derived mainly from concerns related to the concepts of Crown immunity and indivisibility of the Crown. As the Judge points out, the enactment of *the Supreme and Exchequer Courts Act* in 1875 marked, in such a context, a “significant step in adapting the judiciary to the new federal structure” as, among other things, it provided means for the judicial resolution of such disputes (Judge’s reasons, at paragraph 36). Among those means was the authority conferred upon the Exchequer Court by subsections 54(1) and (2) of that statute (now section 19). Given this country’s new constitutional order, intergovernmental disputes over the validity of legislation arising from division of powers concerns were certainly foreseeable at the time of Confederation and it is reasonable to conclude, as did the Judge, that such concerns were on Parliament’s mind when it created this new jurisdiction.

Première Nation Pasqua c. Canada (Procureur général), 2016 CAF 133, [2017] 3 R.C.F. 3, au paragraphe 109), je soulignerai que, devant notre Cour, l’Alberta n’a pas fait valoir que la Cour fédérale, indépendamment de la nature du litige qu’on lui demande de trancher en vertu de l’article 19, n’avait aucunement compétence pour juger de la constitutionnalité de lois provinciales.

[126] Je me penche maintenant sur la portée et le sens de l’article 19 et, plus précisément, la question de savoir si cette portée est suffisamment large pour viser, dans certaines circonstances, des litiges interprovinciaux qui soulèvent des questions à l’égard de la constitutionnalité de lois provinciales. Comme le juge de la Cour fédérale l’a souligné avec justesse, pour trancher cette question, il est nécessaire d’analyser le texte, le contexte et l’objet de l’article 19 (arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26).

[127] Comme je l’ai indiqué au début des présents motifs, je suis d’avis que les litiges de ce type relèvent de l’article 19, et je tire la même conclusion que le juge de la Cour fédérale, pour à peu près les mêmes motifs que lui. Plus précisément, je souscris à son analyse détaillée de l’évolution et de l’objet de l’article 19. Cet examen des versions antérieures de la disposition met en évidence les obstacles qui ont empêché la résolution judiciaire de litiges impliquant des gouvernements à l’époque de la Confédération. Ces obstacles découlaient principalement de considérations relatives aux principes de l’immunité et de l’indivisibilité de la Couronne. Comme le souligne le juge de la Cour fédérale, l’adoption de l’*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier* en 1875 a constitué, dans un tel contexte, une « étape importante [...] en vue d’adapter le système judiciaire à la nouvelle structure fédérale », car elle a notamment fourni des moyens de régler judiciairement ces litiges (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 36). Ces moyens comprenaient entre autres la compétence conférée à la Cour de l’Échiquier en vertu des paragraphes 54(1) et (2) de cette loi (désormais l’article 19). Compte tenu du nouvel ordre constitutionnel du pays, il était certainement prévisible à l’époque de la Confédération que surviendraient des litiges intergouvernementaux au sujet de la validité de certaines lois en raison du partage des pouvoirs; il est par conséquent raisonnable de conclure, comme l’a fait le juge de la Cour

[128] As I indicated above, I understand that Alberta abandons the argument that in adopting section 54 of the *Supreme and Exchequer Courts Act*, Parliament considered the issue of challenges to the validity of legislation but through subsections 54(3) and (4) of that statute, assigned the authority to decide such matters solely to the Supreme Court. If I have misstated Alberta's position on that point, then I agree with the Judge that this argument must fail. As the Judge noted, subsections 54(3) and (4) of the *Supreme and Exchequer Courts Act* created a very different judicial mechanism than the one contemplated by subsections 54(1) and (2) of the same statute. Subsections 54(3) and (4) enabled judges seized of a suit, action, or proceeding raising issues as to the constitutional validity of federal or provincial legislation to remove the case directly to the Supreme Court of Canada for determination.

[129] The Judge held that this removal mechanism was aimed at everyday litigation and was unrelated to the one granting the Exchequer Court jurisdiction over intergovernmental disputes. In that regard, he stated the following [at paragraph 46]:

The difference between the two mechanisms provided for in section 54 must be emphasized and demonstrates why Alberta's argument fails. The first mechanism is exclusively geared towards disputes between governments and is aimed at providing a forum when none was thought to exist. The second one pertains to constitutional issues arising in everyday litigation, in particular litigation between private parties. It is easy to understand why Parliament wanted only constitutional questions to be referred to the Supreme Court by other courts. This does not mean, however, that the constitutional validity of a provincial statute could never be challenged under the Exchequer Court's jurisdiction over intergovernmental disputes. The two mechanisms provided for in section 54 are simply unrelated and they are not mutually exclusive.

fédérale, que le législateur avait cette situation à l'esprit lorsqu'il a créé cette nouvelle compétence.

[128] Comme je l'ai indiqué plus haut, l'Alberta semble avoir abandonné sa thèse selon laquelle le législateur, en adoptant l'article 54 de l'*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, avait pris en considération la question de la contestation de la validité de lois, mais qu'il avait, au moyen des paragraphes 54(3) et (4) de cette loi, réservé à la Cour suprême du Canada la compétence de trancher ces affaires. Si j'ai mal interprété la thèse de l'Alberta sur ce point, alors je suis alors d'accord avec le juge de la Cour fédérale sur le fait que cet argument doit être rejeté. Comme l'a souligné le juge de la Cour fédérale, les paragraphes 54(3) et (4) de l'*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier* ont créé un mécanisme judiciaire très différent de celui prévu aux paragraphes 54(1) et (2) de la même loi. Les paragraphes 54(3) et (4) permettent aux juges saisis de poursuites, d'actions ou de procédures dans lesquelles est soulevée la question de la validité constitutionnelle d'une loi fédérale ou provinciale de renvoyer l'affaire directement à la Cour suprême du Canada pour décision.

[129] Le juge de la Cour fédérale a conclu que ce mécanisme de renvoi visait les litiges ordinaires et qu'il n'avait aucun lien avec le mécanisme qui conférerait compétence à la Cour de l'Échiquier pour entendre les litiges intergouvernementaux. À ce sujet, il a déclaré ce qui suit [au paragraphe 46] :

La différence entre les deux mécanismes prévus à l'article 54 doit être soulignée et constitue la faille de l'argumentaire de l'Alberta. Le premier mécanisme est exclusivement axé sur les litiges entre gouvernements et vise à fournir un forum dans des cas où l'on croyait tout recours impossible. Le deuxième porte sur les questions constitutionnelles soulevées dans des litiges ordinaires, notamment des litiges entre des parties privées. Il est facile de comprendre pourquoi le législateur souhaitait que seules les questions constitutionnelles soient renvoyées à la Cour suprême par d'autres tribunaux. Il ne s'ensuit pas pour autant que la validité constitutionnelle d'une loi provinciale ne pourrait jamais être contestée au titre de la compétence de la Cour de l'Échiquier à l'égard de litiges intergouvernementaux. Les deux mécanismes présentés à la section 54 ne sont tout simplement pas liés et ne s'excluent pas l'un l'autre.

[130] He concluded there was nothing in the history of section 19 disclosing any intention on the part of Parliament to leave constitutional issues out of its purview.

[131] My colleague opines that this view is irreconcilable with that which is set out in the section 19 case law. For the reasons that follow, I do not agree.

[132] First, the express language used in section 19 contemplates controversies between provinces without any qualifiers as to the kinds of legal interests that can be asserted, be they constitutional, statutory, contractual, or other.

[133] Second, as pointed out by the Judge, referring to *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385, legislation granting jurisdiction to the Federal Court should benefit from a generous and liberal interpretation rather than a narrow one (Judge’s reasons, at paragraph 31), subject, I would add, to the limitations flowing from section 101 of the *Constitution Act, 1867*. However, one must keep in mind the above-mentioned caveat as to the applicability of that provision to the section 19 grant of Federal Court jurisdiction.

[134] Third, I agree with the Judge that the case law dealing with section 19 does not set out the outer limits of that provision. In particular, none of those cases address the issue of whether a challenge to the constitutional validity of legislation could, in appropriate circumstances, fall within the meaning of a section 19 “controversy”.

[135] Turning to these cases, my colleague first considered *Ontario v. Canada 1907*, focussing on the dissenting reasons of Idington J. as he was the only judge on the panel to have discussed—albeit briefly—section 19 (then section 32 of the *Exchequer Court Act 1906*). Even if Idington J.’s reasons provide some basis for the position that the Federal Court lacks jurisdiction to entertain B.C.’s action in the case at bar, which I do not believe they do, they are not echoed in the majority’s reasons

[130] Il a conclu que rien dans les versions passées de l’article 19 ne révélait une quelconque intention du législateur de laisser les questions constitutionnelles hors de la portée de cette disposition.

[131] Mon collègue est d’avis que cette interprétation est incompatible avec celle que nous donne la jurisprudence relative à l’article 19. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas de cet avis.

[132] Premièrement, le libellé de l’article 19 mentionne expressément les litiges interprovinciaux, sans qu’il y ait le moindre qualificatif restreignant les types d’intérêts juridiques pouvant être défendus, qu’ils soient constitutionnels, légaux, contractuels ou autres.

[133] Deuxièmement, comme l’a souligné le juge de la Cour fédérale, selon l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818, les lois conférant compétence à la Cour fédérale doivent faire l’objet d’une interprétation généreuse et libérale plutôt que d’une interprétation étroite (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 31), sous réserve, ajouterais-je, des limites découlant de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, il faut garder à l’esprit la mise en garde donnée plus haut concernant l’applicabilité de cette disposition à l’article 19 qui confère compétence à la Cour fédérale.

[134] Troisièmement, je suis d’accord avec le juge de la Cour fédérale sur le fait que la jurisprudence relative à l’article 19 ne prévoit aucune limite à cette disposition. Plus précisément, aucun de ces arrêts n’examine la question de savoir si la contestation de la constitutionnalité d’une loi pourrait, dans certaines circonstances, constituer un « litige » au sens de l’article 19.

[135] Mon collègue a examiné cette jurisprudence en commençant par l’arrêt *Ontario v. Canada 1907*, en mettant l’accent sur les motifs dissidents du juge Idington, car il était le seul juge à avoir examiné — quoique brièvement — l’article 19 (qui était alors l’article 32 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* de 1906). À supposer que les motifs du juge Idington étaient quelque peu la thèse selon laquelle la Cour fédérale n’a pas compétence pour entendre l’action de la Colombie-Britannique en l’espèce,

for judgment. This was a case where, in the eyes of the majority, the Exchequer Court's ability to determine the controversy between Ontario and Canada was not in issue. In any event, I agree with the Judge that Idington J.'s reference to the terms "contract or trust" was more a description of the subject matter of that case (the execution of an arbitration award resulting from the application of sections 111 and 142 of the *British North America Act*) than of the outer limits of section 19 jurisdiction.

[136] The case of *Ontario v. Canada 1909*, the second decision examined by my colleague, is not, in my respectful view, of assistance either. That case considered whether the Exchequer Court had jurisdiction to determine Ontario's liability to indemnify Canada for payments that the latter had made under a First Nations treaty. Duff J. ruled that the precursor to section 19 permitted the Exchequer Court to resolve disputes over reciprocal rights and obligations (*Ontario v. Canada 1909*, at page 119). However, there was no disagreement between the parties that the term "controversy" covered these matters, the issue in that case being whether Canada's claim was based on some recognized legal principle. The question for this Court is rather whether the matters at issue in *Ontario v. Canada 1909* exhaust the subject matters that can be determined under section 19. Duff J.'s reasons are entirely silent on this point. I agree with the Judge that if there is anything to be gleaned from that case respecting the meaning of "controversy", it is that a section 19 claim must be brought within some legal grounds, as opposed to moral or policy grounds.

[137] My colleague then turned to this Court's decision in *Canada v. P.E.I.* where, again, there was no dispute as to whether the matter at issue fell within the ambit of section 19. On the contrary, there was a clear consensus that it did. That case was concerned with the type of relief the Federal Court could award under section 19, as the province of Prince Edward Island was seeking damages from Canada.

ce à quoi je ne souscris pas, ils ne trouvent pas écho dans les motifs de la majorité. Aux yeux de la majorité, dans cette affaire, la compétence de la Cour de l'Échiquier pour juger le litige entre l'Ontario et le Canada n'était pas une question à trancher. Quoi qu'il en soit, je souscris à l'opinion du juge de la Cour fédérale selon laquelle les mots [TRADUCTION] « contrat ou fiducie » utilisés par le juge Idington servaient davantage à décrire le sujet de l'affaire (l'exécution d'une décision d'arbitrage rendue en application des articles 111 et 142 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*) qu'à délimiter la compétence prévue à l'article 19.

[136] Le deuxième arrêt examiné par mon collègue, *Ontario v. Canada 1909*, n'est pas utile non plus, à mon humble avis. Il s'agissait de savoir si la Cour de l'Échiquier avait compétence pour décider si l'Ontario devait indemniser le Canada pour des paiements que le Canada avait faits en application d'un traité avec des Premières Nations. Le juge Duff a conclu que l'ancienne version de l'article 19 autorisait la Cour de l'Échiquier à trancher les litiges en matière de droits et d'obligations réciproques (*Ontario v. Canada 1909*, à la page 119). Toutefois, les parties ne mettaient pas en question le fait que le terme « litige » visait leur affaire, et la question dans cette affaire était plutôt de savoir si la revendication du Canada reposait sur un principe de droit reconnu. La question que notre Cour doit poser est celle de savoir si l'arrêt *Ontario v. Canada 1909* énumère de façon exhaustive les types d'affaires visés par l'article 19. Les motifs du juge Duff sont tout à fait muets à cet égard. Je suis d'accord avec le juge de la Cour fédérale que le seul élément que nous pouvons éventuellement tirer de cet arrêt en ce qui concerne la définition de « litige » est qu'une demande présentée en vertu de l'article 19 doit avoir un certain fondement légal, par opposition à un fondement de morale ou de politique publique.

[137] Mon collègue a ensuite examiné l'arrêt *Canada c. Î.-P.-É.* de notre Cour où, une fois encore, le litige ne portait pas sur la question de savoir si l'affaire relevait ou non de l'article 19. Au contraire, les parties s'entendaient clairement sur le fait que l'affaire relevait bel et bien de cet article. Cette affaire portait sur le type de mesures que la Cour fédérale pouvait accorder au titre de l'article 19, puisque la province de l'Île-du-Prince-Édouard demandait des dommages-intérêts au Canada.

[138] Of particular note for the purposes of the present matter is Chief Justice Jackett's rather broad description of the jurisdiction conferred by section 19, i.e. that it is "a jurisdiction to decide a dispute in accordance with some 'recognized legal principle' (in this case, a provision in the legal constitution of Canada, which is, *vis-à-vis* international law, Canadian municipal law)" (*Canada v. P.E.I.*, at page 558 [footnote omitted]). In the Chief Justice's view, that jurisdiction could therefore include matters of a constitutional nature.

[139] LeDain J.A.'s concurring reasons seem to echo this wide conception of section 19 jurisdiction. In a passage at page 583, he states that, together with the necessary provincial enabling legislation, section 19 created a jurisdiction for the determination of controversies between Canada and the provinces involving, *inter alia*, the rights and obligations attributed to those distinct entities by the Constitution of Canada, which includes the Order in Council setting out the terms of Prince Edward Island's admission into the newly created Union. It is in that light, in my respectful view, that LeDain J.A.'s statement that "[t]he term 'controversy' is broad enough to encompass any kind of legal right, obligation or liability that may exist between governments or their strictly legal personification" is to be understood (*Canada v. P.E.I.*, at page 583).

[140] In my view, it is clear that nothing in this passage suggests that LeDain J.A. intended to define the limits of the term "controversy". Disputes over legal rights or obligations are simply examples of controversies contemplated by section 19. The only limit, as far as I see it, is that the dispute brought before the Federal Court must be based on some "recognized legal principle" as opposed to "ideas of abstract justice" (see *Canada v. P.E.I.*, at page 558, footnote 37). In other words, I fail to read in *Canada v. P.E.I.* any limitation of the sort that would affect the Federal Court's jurisdiction under section 19 to entertain B.C.'s action.

[138] Il est particulièrement utile en l'espèce de souligner la description relativement large que le juge en chef Jackett a faite de la compétence conférée par l'article 19, à savoir une compétence pour « tranche[r] les différends conformément à certains "principes juridiques reconnus" (en l'espèce, une disposition de la constitution légale du Canada qui est, vis-à-vis du droit international, le droit municipal canadien) » (*Canada c. Î.-P.-É.*, à la page 558 [note de bas de page omise]). Selon le juge en chef, cette compétence pouvait par conséquent inclure les affaires de nature constitutionnelle.

[139] Les motifs concourants du juge LeDain semblent faire écho à cette interprétation large de la compétence conférée par l'article 19. Dans un passage à la page 583, le juge LeDain affirme que, jumelé à la législation habilitante provinciale, l'article 19 crée une compétence pour juger des litiges entre le Canada et les provinces pouvant porter, entre autres, sur les droits et les obligations attribués à ces entités distinctes par la Constitution du Canada, laquelle comprenait le décret du gouverneur en conseil établissant les conditions d'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard à l'Union nouvellement créée. C'est à cette lumière qu'il faut, à mon humble avis, interpréter la déclaration du juge LeDain selon laquelle « [l]e terme "litige" a un sens assez général pour embrasser tout genre de droit, d'obligation ou de responsabilité qui peut exister entre les gouvernements ou leur personification juridique stricte » (*Canada c. Î.-P.-É.*, à la page 583).

[140] À mon avis, il est clair que rien dans ce passage ne montre que le juge LeDain souhaitait circonscrire la portée du terme « litige ». Les différends concernant des droits ou des obligations juridiques sont de simples exemples de litiges visés par l'article 19. La seule restriction que je peux envisager est que le litige porté devant la Cour fédérale doit être fondé sur certains « principes juridiques reconnus », par opposition à des « idées de justice abstraites » (voir *Canada c. Î.-P.-É.*, à la page 558, note 37). En d'autres termes, je ne vois dans l'arrêt *Canada c. Î.-P.-É.* aucune limite susceptible d'avoir une incidence sur la compétence de la Cour fédérale pour entendre l'action de la Colombie-Britannique au titre de l'article 19.

[141] The next case examined by my colleague is this Court’s decision in *Canada v. Quebec*. That case involved a dispute between the two governments resulting from the rejection, by the Minister of Finance of Canada, of an application for a stabilization payment submitted by the province under the Income Stabilization Program set out in the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act*, R.S.C., 1985, c. F-8 [now named *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*]. As pointed out by Létourneau J.A., that dispute had been brought by Quebec as a section 19 proceeding “upon Canada’s invitation” (*Canada v. Quebec*, at paragraph 2). The Federal Court’s jurisdiction was therefore not a contentious issue between the parties.

[142] A preliminary issue before the Federal Court in *Canada v. Quebec* was that of the applicable standard of review. Canada was contending that Quebec’s challenge of the Finance Minister’s decision was in the nature of a judicial review and that it was therefore governed by the rules applicable to judicial review proceedings, including deference owed to the decision maker and inadmissibility of evidence not before the decision maker; Quebec was claiming, however, that its challenge was in the nature of an action. The Federal Court ruled that section 19 required that the dispute between Quebec and Canada be resolved by applying legal principles to the facts established by the evidence at trial.

[143] Létourneau J.A. found that it was neither useful, nor necessary for the Federal Court to engage with that preliminary issue as the parties had “agreed to identify, define and clarify the dispute around and based on the questions of law they submitted to the Federal Court” (*Canada v. Quebec*, at paragraph 14). It is in such particular context that he observed that “[t]he proceeding applicable under section 19 [was] dependent on and a function of the true nature of the dispute between the parties” (*Canada v. Quebec*, at paragraph 13). This statement, in my view, does not provide any insight into the scope of the term “controversy”. Rather, it has to do with

[141] Mon collègue a ensuite examiné l’arrêt *Canada c. Québec* de notre Cour. Cet arrêt portait sur un litige entre deux gouvernements découlant du rejet, par le ministre des Finances du Canada, d’une demande de paiement de stabilisation présentée par la province de Québec dans le contexte du programme de stabilisation des revenus établi dans la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d’enseignement postsecondaire et de santé*, L.R.C. (1985), ch. F-8 [maintenant appelée la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*]. Comme l’a précisé le juge Létourneau, le Québec a porté ce litige devant la Cour en vertu de l’article 19 « à l’invitation du Canada » (*Canada c. Québec*, au paragraphe 2). Par conséquent, la question de la compétence de la Cour fédérale n’était pas en litige entre les parties.

[142] Une question préliminaire que devait trancher la Cour fédérale dans l’affaire *Canada c. Québec* était celle de la norme de contrôle applicable. Le Canada soutenait que la procédure par laquelle le Québec contestait la décision du ministre des Finances était un contrôle judiciaire et qu’elle était, par conséquent, régie par les normes applicables aux contrôles judiciaires, notamment la retenue due au décideur et l’inadmissibilité des éléments de preuve qui n’ont pas été présentés au décideur; le Québec soutenait toutefois que la procédure était une demande. La Cour fédérale a conclu que l’article 19 exigeait que le litige entre le Québec et le Canada soit tranché par l’application de règles de droit aux faits établis par les éléments de preuve présentés au procès.

[143] Le juge Létourneau a conclu qu’il n’était ni utile ni nécessaire que la Cour fédérale examine cette question préliminaire, puisque les parties « [étaient] convenues d’identifier, de définir et de préciser le litige autour et à partir de questions de droit qu’elles [avaient] soumises à la Cour fédérale » (*Canada c. Québec*, au paragraphe 14). C’est dans ce contexte précis que le juge Létourneau a fait observer que « [la] procédure applicable sous l’article 19 est tributaire et fonction de la véritable nature du litige qui existe entre les parties » (*Canada c. Québec*, au paragraphe 13). Je suis d’avis que cette affirmation n’apporte aucune précision sur la portée du terme « litige ».

the procedural framework that applies to a section 19 proceeding.

[144] Finally, my colleague referred to this Court's decision in *Alberta v. Canada*, noting that the Court had resisted the temptation of giving a definite answer to the question of whether the Federal Court could entertain Canada's Third Party Claim against Alberta under section 19, as it was satisfied that it was not plain and obvious that the Federal Court lacked jurisdiction to do so. In particular, he referred to the Court's comment, at paragraph 26 of its reasons, that there appeared to be "no limit as to the type of controversy to which [section 19] would apply."

[145] According to my colleague, that comment, as well as those in other cases suggesting that the term "controversy" should be given a broad meaning, need to be understood in the particular contexts of those cases. In other words, he agrees that that term is entitled to a broad interpretation provided, however, that the controversy or dispute at hand be "one where 'Sovereign' or 'Crown' interests and rights are being pursued", as opposed to private rights. This means disputes that can only be commenced by a province or Canada and that involve rights capable of being asserted only by the Crown, either in the right of Canada or in the right of a province.

[146] To illustrate his point, my colleague gives the example of either Quebec or Ontario unilaterally enacting legislation that would modify its existing boundaries by extending them beyond the middle point of the Ottawa River to include the whole river. Such a course of action would contravene the amending formula entrenched in the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], in particular paragraph 43(a) regarding alterations to boundaries between provinces, and would in all likelihood be unconstitutional. My colleague states that in such a scenario, there would be no doubt that only the affected province could institute proceedings to challenge the other province's actions. This, he contends, would be a matter falling squarely within the ambit of section 19.

Elle concerne plutôt le cadre procédural qui s'applique aux procédures engagées en vertu du paragraphe 19.

[144] Enfin, mon collègue a renvoyé à l'arrêt de notre Cour *Alberta c. Canada*. Il a fait observer que notre Cour avait résisté à la tentation de donner une réponse définitive à la question de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour juger la demande de mise en cause du Canada contre l'Alberta présentée en vertu de l'article 19, car elle avait conclu qu'il n'était pas évident et manifeste que la Cour fédérale n'avait pas cette compétence. Plus précisément, il a renvoyé à l'observation de notre Cour, au paragraphe 26 des motifs de celle-ci, selon laquelle il semblait qu'« il n'y a pas de limite quant au type de litige auquel [l'article 19] s'appliquer[ait] ».

[145] Selon mon collègue, cette observation, de même que celles se trouvant dans d'autres arrêts donnant à penser que le terme « litige » devrait avoir un sens large, doit être interprétée dans le contexte précis de ces arrêts. En d'autres mots, il accepte que ce terme a droit à une interprétation large, sous réserve toutefois que le litige ou le différend concerné porte sur « la revendication d'intérêts et de droits "souverains" ou "de la Couronne" », par opposition à des droits privés. Cela signifie que le litige ne peut être porté devant les tribunaux que par une province ou par le Canada et qu'il doit concerner un droit que seule la Couronne peut faire valoir, que ce soit du chef du Canada ou du chef d'une province.

[146] Pour illustrer son propos, mon collègue donne l'exemple du Québec ou de l'Ontario qui adopterait de manière unilatérale une loi modifiant ses frontières actuelles en les repoussant au-delà du point médian de la rivière des Outaouais, de manière à inclure dans son territoire toute la rivière. Une telle façon de faire contreviendrait à la formule d'amendement inscrite dans 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], et plus précisément à l'alinéa 43a) relatif à la modification des frontières entre les provinces. Une telle loi serait, en toute vraisemblance, inconstitutionnelle. Mon collègue affirme que, dans un tel scénario, il n'y aurait aucun doute que seule la province touchée pourrait engager une procédure pour contester les actes de l'autre province. Il s'agirait là, selon lui, d'une affaire relevant nettement de l'article 19.

[147] My difficulty with this example is that riparian owners, private property owners on some of the islands which strew the Ottawa River, and utility companies owning and operating works on the river could all have direct or public interest standing to challenge such legislation in the appropriate judicial forum. Surely such changes in the boundaries would affect their interests in all sorts of ways, including by subjecting them to an entirely new set of provincial and municipal laws.

[148] Therefore, even if this scenario would no doubt give rise to an interprovincial dispute falling squarely within the ambit of section 19, I do not accept that this is because such legislation could only be challenged by Quebec or Ontario. In appropriate circumstances, a private party having either direct or public interest standing could initiate proceedings where an issue underlying a dispute between two political entities is at play, provided they do so in the appropriate court. In other words, one does not exclude the other.

[149] In my respectful view, it is for instance difficult to imagine that Prince Edward Island residents and businesses affected by the strike that paralyzed the ferry service Canada undertook to ensure as a condition for the province joining Confederation could not have initiated their own suit against Canada for the losses allegedly suffered as a result of that strike. Such a suit could not have been brought under section 19 of the FCA but it could have been initiated through section 17 of the FCA, which, as it read at the time, conferred on the Federal Court exclusive original jurisdiction over matters in which relief was claimed against the Federal Crown. Whether such a suit would have been successful is beside the point. What matters here is that it is not inconceivable that it could have been initiated section 17 proceedings if, for instance, the province had not pursued a section 19 proceeding against Canada as a result of the perturbations to the province's economy caused by the strike.

[147] Ce qui pose problème dans cet exemple est que les propriétaires riverains, les propriétaires de biens privés situés sur certaines des îles qui parsèment la rivière des Outaouais et certaines entreprises de service public qui possèdent et exploitent des ouvrages sur la rivière pourraient tous avoir qualité pour agir à cause d'un intérêt direct ou dans l'intérêt public et pourraient contester une telle loi devant le tribunal compétent. La modification des frontières aurait certainement des conséquences diverses sur leurs intérêts, notamment en les assujettissant à un nouvel ensemble de lois provinciales et municipales.

[148] Par conséquent, même si ce scénario serait très certainement source de litiges interprovinciaux relevant de toute évidence de l'article 19, je ne crois pas qu'il en serait ainsi parce que seuls l'Ontario ou le Québec pourraient contester cette loi. Dans certaines circonstances, une partie privée ayant qualité pour agir à cause d'un intérêt direct ou dans l'intérêt public pourrait engager des procédures dont une question sous-jacente serait un différend entre deux entités politiques, sous réserve qu'elle s'adresse au tribunal compétent. En d'autres mots, l'un n'exclut pas l'autre.

[149] À mon humble avis, il est difficile d'imaginer par exemple que les résidents et les entreprises de l'Île-du-Prince-Édouard qui ont été touchés par la grève ayant paralysé le service de traversiers que le Canada s'était engagé à assurer afin que la province joigne la Confédération n'auraient pas pu poursuivre en justice le Canada de leur propre chef pour les pertes qu'ils auraient subies en raison de cette grève. Une telle poursuite n'aurait pas pu être intentée en vertu de l'article 19 de la LCF, mais elle aurait pu être intentée en vertu de l'article 17 de cette même loi, qui, dans sa version en vigueur à l'époque, conférerait à la Cour fédérale compétence exclusive en première instance pour entendre les demandes de réparation à l'égard de la Couronne fédérale. La question de savoir si cette poursuite aurait pu être couronnée de succès n'est pas pertinente. Ce qui compte ici, c'est le fait qu'il n'est pas inconcevable que des procédures eussent été intentées contre le Canada en vertu de l'article 17 si, par exemple, la province n'avait pas intenté de poursuite en vertu de l'article 19 en raison des perturbations que la grève avait causées à l'économie de la province.

[150] Another example of this, in my view, is the *Finlay* matter that gave rise to two Supreme Court decisions, one on standing (*Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321 (*Finlay I*)), and the other on the merits of Mr. Finlay's proceedings against Canada (*Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080, (1993), 101 D.L.R. (4th) 567 (*Finlay II*)).

[151] Those decisions concerned the now repealed *Canada Assistance Plan*, R.S.C., 1985, c. C-1 (the Plan), by which the federal government was contributing to the cost of social assistance and welfare services provided by the provinces to persons in need. It was characterized as a "spending statute" authorizing the Government of Canada to enter into agreements with the provincial governments to pay them contributions toward their expenditures on social assistance and welfare (*Finlay II*, per Sopinka J., at pages 1123–1124).

[152] Mr. Finlay, a Manitoba resident and recipient of social assistance allowances in that province, complained that the province had illegally reduced his monthly allowances in payment of a debt owing by him to the Crown for overpayment of allowance. After unsuccessfully exhausting his recourses against the province, he brought an action before the Federal Court seeking a declaration that the continued payments by Canada to Manitoba of contributions under the Plan were illegal, as being contrary to the statutory authority conferred by the Plan. That claim was met with a motion to strike on the basis that Mr. Finlay did not have the requisite standing to maintain it. Canada contended that the question of provincial compliance with the conditions of federal cost-sharing was not an issue appropriate for determination by a court, but was rather one that should be left to government review and inter-governmental resolution.

[153] The Supreme Court held that Mr. Finlay did not have sufficient personal interest in the legality of the federal cost-sharing payments to bring him within the general requirement for standing to challenge an exercise of

[150] Un autre exemple nous vient, à mon avis, de l'affaire *Finlay*, qui a donné lieu à deux décisions de la Cour suprême, l'une portant sur la qualité pour agir (*Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, 1986 CanLII 6 (*Finlay I*)), et l'autre sur le fond de l'instance introduite par M. Finlay contre le Canada (*Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080, 1993 CanLII 129 (*Finlay II*)).

[151] Ces décisions concernaient le *Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-1 (le Régime), aujourd'hui abrogé, aux termes duquel le gouvernement fédéral contribuait aux coûts des services d'aide sociale et de bien-être social qui étaient offerts par les provinces aux personnes nécessiteuses. Le Régime était une « loi qui autorise l'engagement de dépenses », c'est-à-dire une loi autorisant le gouvernement du Canada à conclure des accords avec les gouvernements provinciaux pour qu'il contribue aux dépenses engagées par les provinces au titre de l'aide et de la protection sociales (*Finlay II*, sous la plume du juge Sopinka, aux pages 1123 à 1124).

[152] M. Finlay, un résident du Manitoba et un bénéficiaire de l'aide sociale dans cette province, s'était plaint du fait que la province avait illégalement réduit ses prestations mensuelles afin de payer une dette qu'il avait envers la Couronne pour des prestations payées en trop. Après avoir épuisé sans succès ses recours contre la province, M. Finlay a engagé une action à la Cour fédérale, en demandant qu'il soit déclaré que les contributions que le Canada continuait de verser au Manitoba au titre du Régime étaient illégales, car elles étaient contraires aux pouvoirs légaux conférés par le Régime. Cette demande a fait l'objet d'une requête en radiation, la partie requérante soutenant que M. Finlay n'avait pas qualité pour agir. Le Canada a fait valoir que les litiges sur le respect par une province des conditions d'un programme à frais partagés avec le gouvernement fédéral n'avaient pas à être tranchés par un tribunal, mais devraient plutôt être laissés à un examen gouvernemental et à une solution intergouvernementale.

[153] La Cour suprême a conclu que M. Finlay n'avait pas d'intérêt personnel suffisant dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais pour satisfaire à l'exigence générale relative à la qualité pour

statutory authority, noting that neither the Plan nor the federal cost-sharing payments made under it conferred rights on social assistance recipients, their entitlement to such assistance arising solely from the provincial legislation (*Finlay I*, at page 621). However, it granted Mr. Finlay public interest standing. Acknowledging that there would no doubt be cases in which the question of provincial compliance with the conditions of federal cost-sharing would raise issues that are not appropriate for judicial determination, the Supreme Court held that the particular issues of provincial non-compliance raised by Mr. Finlay's statement of claim were questions of law and, as such, were clearly justiciable (*Finlay I*, at pages 632–633).

[154] Mr. Finlay's action was eventually dismissed on the merits. In a split decision, the Supreme Court, allowing Canada's appeal, concluded that deductions from an individual's social assistance to permit recovery of overpayments did not violate the Plan or the agreement between Manitoba and Canada (*Finlay II*, per Sopinka J., at page 1129).

[155] That case demonstrates that a legal instrument binding political entities only without conferring any rights on individuals can nevertheless be the subject of legal proceedings initiated by a private party. This is so even though those political entities, alone, have direct standing to assert rights provided for in that instrument and though the private party may not have sufficient personal interest to initiate those proceedings.

[156] In sum, intergovernmental controversies do not necessarily preclude private parties from bringing claims, in the appropriate forum, in relation to the subject matter underlying such controversies. By the same token, disputes giving rise to private claims do not necessarily preclude claims by one government against another. In other words, the fact that a particular subject matter may give rise to private claims is not, in and of itself, fatal to Federal Court jurisdiction pursuant to section 19, as long

contester l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, notant que ni le Régime ni les versements fédéraux au titre du partage des frais de ce Régime ne conféraient de droits aux bénéficiaires de l'aide sociale, leur droit à cette aide découlant uniquement de la loi provinciale (*Finlay I*, à la page 621). La Cour suprême a cependant accordé à M. Finlay qualité pour agir dans l'intérêt public. Tout en reconnaissant qu'il y aurait indubitablement des cas où la question du respect par la province des conditions d'un partage des frais avec le gouvernement fédéral soulèverait des points qui ne relèveraient pas de la compétence des tribunaux, la Cour suprême a conclu que les points litigieux particuliers concernant l'inexécution provinciale que soulevait la déclaration de M. Finlay étaient des questions de droit qui, à ce titre, pouvaient manifestement être portées devant les tribunaux (*Finlay I*, aux pages 632 et 633).

[154] L'action de M. Finlay a en fin de compte été rejetée sur le fond. Dans une décision partagée accueillant l'appel du Canada, la Cour suprême a conclu que les retenues effectuées sur les prestations d'aide sociale d'une personne pour la récupération de sommes versées en trop ne contrevenaient pas au Régime ni à l'accord intervenu entre le Manitoba et le Canada (*Finlay II*, sous la plume du juge Sopinka, à la page 1129).

[155] Cette affaire montre qu'un instrument légal qui lie uniquement des entités politiques, sans conférer de droits à des particuliers, peut quand même faire l'objet de procédures judiciaires intentées par une partie qui n'est pas l'État. Il en est ainsi même si seules ces entités politiques ont directement qualité pour faire valoir les droits prévus par cet instrument et si le particulier n'a peut-être pas d'intérêt personnel suffisant pour intenter cette procédure.

[156] En résumé, le fait que des litiges opposent des gouvernements n'empêche pas nécessairement des particuliers de saisir le tribunal compétent de demandes portant sur l'objet qui sous-tend ces litiges. De la même manière, les différends qui donnent lieu à des recours relevant du droit privé n'empêchent pas nécessairement qu'un gouvernement exerce un recours contre un autre gouvernement à cet égard. En d'autres mots, le fait qu'un sujet donné puisse donner lieu à des recours relevant du droit

as the requirements of that provision are met, i.e. there is a controversy between a province and Canada or between provinces.

[157] Thus, in the case before this Court, simply because an individual who is denied a licence by the Minister has redress before the courts does not preclude the Attorney General of B.C., as representing the “people for the time being of [British Columbia] against the people for the time being of [Alberta]”, the latter being represented by the Attorney General of Alberta (see *Canada v. P.E.I.*, at page 559), from bringing its dispute regarding the validity of the Act before the Federal Court pursuant to section 19.

[158] I wish to make three comments before concluding on this point. First, I note that in his decision on B.C.’s standing, Hall J. of the Alberta Court held that the present dispute likely falls within the scope of section 19 on the basis that it is a dispute between two political entities based on a recognized legal principle [at paragraph 39]:

In my view, the current dispute between the AGBC and the AGAB falls within the scope of these definitions. It is a controversy between two political entities. The AGBC brought the action as the provincial government’s representative, challenging the constitutionality of Alberta legislation, which is a dispute seeking adjudication in accordance with a recognized legal principle, namely the Constitution.

[159] Hall J.’s interpretation of “controversy” is, in my view, consistent with the section 19 jurisprudence.

[160] Second, as pointed out by B.C., section 57 of the FCA, which establishes a regime for providing the Attorney General of Canada and his provincial counterparts with notice of a constitutional question raised before the Federal Courts or before a federal board with respect

privé n’annule pas, en soi, la compétence conférée à la Cour fédérale au titre de l’article 19, à condition que les exigences énoncées dans cette disposition soient remplies, c’est-à-dire qu’il existe un litige entre une province et le Canada ou entre des provinces.

[157] Par conséquent, dans l’affaire dont notre Cour est saisie, le simple fait qu’un particulier à qui le ministre aurait refusé de délivrer un permis dispose de recours devant les tribunaux n’empêche pas le procureur général de la Colombie-Britannique, à titre de représentant « de la population actuelle de [la Colombie-Britannique] contre la population actuelle de [l’Alberta] », cette dernière étant représentée par le procureur général de l’Alberta (voir *Canada c. Î.-P.-É.*, à la page 559), de porter ce litige sur la validité de la Loi devant la Cour fédérale en vertu de l’article 19.

[158] J’aimerais formuler trois observations avant de conclure sur ce point. Premièrement, je note que, dans sa décision concernant la qualité pour agir de la Colombie-Britannique, le juge Hall de la Cour de l’Alberta a conclu que le présent différend relevait vraisemblablement de l’article 19, puisqu’il s’agit d’un différend qui oppose deux entités politiques et qui est fondé sur un principe juridique reconnu [au paragraphe 39] :

[TRADUCTION] À mon avis, le différend actuel entre le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l’Alberta est visé par ces définitions. Il s’agit d’un litige qui oppose deux entités politiques. Le procureur général de la Colombie-Britannique a introduit l’action en qualité de représentant du gouvernement provincial pour attaquer la constitutionnalité d’une loi albertaine; il s’agit donc d’un différend porté devant les tribunaux conformément à un principe juridique reconnu, à savoir la Constitution.

[159] J’estime que l’interprétation que fait le juge Hall du mot « litige » est conforme à la jurisprudence concernant l’article 19.

[160] Deuxièmement, comme l’a souligné la Colombie-Britannique, l’article 57 de la LCF, qui établit un régime selon lequel le procureur général du Canada et ses homologues provinciaux doivent être avisés lorsque la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, de

to the validity, applicability, or operability of an act of Parliament or of a provincial legislature, provides compelling indicia that Parliament considers the Federal Court to be empowered to pronounce on the constitutional validity of provincial legislation.

[161] In *Windsor*, the majority stated that the Federal Court “clearly ha[d] the power, when the *ITO* test is met, to make findings of constitutionality and to give no force or effect in a particular proceeding to a law it finds to be unconstitutional” (*Windsor*, at paragraph 71). It did not specify that this “law” could only be an act of Parliament.

[162] As stated above, there remains the issue of whether section 101 of the *Constitution Act, 1867* constrains the Federal Court’s jurisdiction under section 19, as it does for other grants of that Court’s jurisdiction. Assuming section 101 does not have this constraining effect, I agree with Gauthier J.A.’s holding in *Alberta v. Canada* that section 19 would not deprive the Superior Courts of their core jurisdiction to determine the constitutional validity of federal or provincial legislation, which is protected by section 96 of the *Constitution Act, 1867* (*Windsor*, at paragraph 32). This is because the jurisdiction conferred upon the Federal Court by section 19 is now, after having been for a while the only judicial vehicle available for the determination of intergovernmental disputes, a concurrent one. As Gauthier J.A. stated, at paragraph 35 of her reasons, this jurisdiction “is merely a useful tool available when the alternative is not the favoured option.”

[163] Third, with respect, I do not share my colleague’s view that the meaning ascribed by the Judge to section 19, if retained, would lead to untenable results. As an example of such untenable results, my colleague says that nothing would prevent a province from challenging Quebec’s language legislation pursuant to section 19, thereby opening the door to intrusion by one province into the affairs of another.

lois fédérales ou provinciales est mise en cause devant les Cours fédérales ou un office fédéral, constitue un indice convaincant que le législateur considère que la Cour fédérale a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de lois provinciales.

[161] Dans l’arrêt *Windsor*, les juges majoritaires ont déclaré qu’il était « évident que, dans les cas où il est satisfait au critère *ITO*, la Cour fédérale a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d’une règle de droit et de déclarer inopérante, dans une instance donnée, une règle de droit qu’elle juge inconstitutionnelle » (*Windsor*, au paragraphe 71). Ils n’ont pas précisé que cette « règle de droit » ne pouvait être qu’une loi fédérale.

[162] Comme il a été indiqué plus haut, il reste à déterminer si l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* restreint la compétence conférée à la Cour fédérale par l’article 19, comme c’est le cas pour d’autres compétences attribuées à notre Cour. Si l’on présume que l’article 101 n’a pas cet effet de limitation, je souscris à la conclusion tirée par la juge Gauthier dans l’arrêt *Alberta c. Canada* selon laquelle l’article 19 ne peut priver les cours supérieures de leur compétence fondamentale de statuer sur la validité constitutionnelle de lois fédérales ou provinciales, car cette compétence est protégée par l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Windsor*, au paragraphe 32). Il en est ainsi parce que la compétence qui est conférée à la Cour fédérale par l’article 19, après avoir été pendant un certain temps le seul recours judiciaire possible pour trancher les différends intergouvernementaux, est devenue aujourd’hui une compétence concurrente. Comme l’a déclaré la juge Gauthier, au paragraphe 35 de ses motifs, cette compétence est « simplement [...] un outil utile disponible quand la solution de rechange n’est pas l’option favorisée ».

[163] Troisièmement, en toute déférence, je ne partage pas le point de vue de mon collègue selon lequel, si le sens que le juge de la Cour fédérale a donné à l’article 19 était retenu, cela donnerait lieu à des résultats intenable. Pour illustrer ce qu’il entend par résultats intenable, mon collègue affirme que rien n’empêcherait une province de contester, en vertu de l’article 19, les lois linguistiques du Québec, ce qui ouvrirait la voie à l’ingérence d’une province dans les affaires d’une autre.

[164] However, disputes giving rise to a section 19 proceeding cannot be purely theoretical. If the challenge alluded to by my colleague were initiated under section 19, one could question whether the province bringing the challenge has standing or whether said challenge discloses a reasonable cause of action. One could also question the genuine interest of that province, as representing its population, in the resolution of a challenge of that sort.

[165] At the hearing of this appeal, B.C. conceded that section 19 could not be resorted to by a province to attack the policies of another province simply because these policies do not sit well with it. Here, the situation is very different. According to B.C.'s statement of claim, one province is directly and openly threatening the well-being of another. Such a situation, which appears to be unprecedented in our constitutional history, presents, in my view, all the hallmarks of a "controversy" within the meaning of section 19.

[166] Indeed, here the constitutionality of the Act is challenged in part because it allegedly contravenes subsection 92A(2) of the *Constitution Act, 1867*. That section was enacted in 1982 and no law has ever been challenged on the basis of that provision. Subsection 92A(2) contemplates interprovincial matters as it speaks to exports from a province to "another part of Canada". It also prevents a producing province from discriminating in supplies exported to another province.

[167] Further, I doubt that section 35.1 of the *Supreme Court Act*, which provides for an appeal as of right to the Supreme Court of decisions rendered by this Court in the case of controversies between Canada and a province or between two or more provinces, supports the conclusions reached by my colleague as to the nature of the controversies contemplated by section 19. I note that section 35.1 was not raised by the parties or the Judge as a contextual element relevant to the interpretation of section 19. I therefore hesitate to ascribe any interpretative value to that provision in the present case.

[164] Cependant, les différends pouvant être à la source d'une procédure intentée en vertu de l'article 19 ne peuvent être purement théoriques. Si la contestation à laquelle mon collègue fait allusion était introduite en vertu de l'article 19, on pourrait se demander si la province qui introduit la contestation a qualité pour agir ou si cette contestation révèle une cause d'action valable. On pourrait également mettre en doute l'intérêt véritable de cette province, à titre de représentante de sa population, dans l'issue d'une contestation de cette nature.

[165] Lors de l'audience pour le présent appel, la Colombie-Britannique a reconnu qu'une province ne pouvait pas invoquer l'article 19 pour attaquer les politiques d'une autre province simplement parce que ces politiques ne lui plaisaient pas. En l'espèce, la situation est très différente. Selon la déclaration de la Colombie-Britannique, une province menace directement et ouvertement le bien-être d'une autre. Une telle situation, qui semble être sans précédent dans notre histoire constitutionnelle, présente à mon avis toutes les caractéristiques d'un « litige » au sens de l'article 19.

[166] De fait, la contestation de la constitutionnalité de la Loi en l'espèce est fondée en partie sur le fait que cette loi contreviendrait au paragraphe 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette disposition a été adoptée en 1982 et elle n'a jamais servi de fondement à la contestation d'une loi. Le paragraphe 92A(2) porte sur les questions interprovinciales, car il y est fait mention des exportations d'une province « à destination d'une autre partie du Canada ». Cette disposition interdit également à une province productrice de prévoir des disparités dans les exportations destinées à une autre province.

[167] De plus, je doute que l'article 35.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui prévoit un appel de plein droit à l'égard des décisions rendues par notre Cour en matière de litiges entre le Canada et une province ou entre deux ou plusieurs provinces, étaye les conclusions de mon collègue quant à la nature des litiges visés par l'article 19. Je note que ni les parties ni le juge de la Cour fédérale n'ont parlé de l'article 35.1 comme étant un élément contextuel utile à l'interprétation de l'article 19. Je suis donc réticent à attribuer, en l'espèce, une quelconque valeur interprétative à cette disposition.

[168] For all these reasons, I conclude that the case law examined by my colleague poses no obstacle to a broad interpretation of the kinds of “controversies” that may be considered by the Federal Court under section 19. These would include, in appropriate circumstances, challenges to the validity of legislation, including provincial legislation.

[169] That being said, the present dispute does not lend itself, in my view, to declaratory relief.

II. The Present Matter is Not an Appropriate Case for Declaratory Relief

[170] As stated above, B.C. claims that the Act exceeds Alberta’s legislative authority over trade in non-renewable natural resources because it threatens an embargo on the exportation of refined fuels and crude oil. In doing so, the Act purportedly authorizes or provides for discrimination against another part of Canada in violation of subsection 92A(2) of the *Constitution Act, 1867*. B.C. further alleges that the Act violates section 121 of the *Constitution Act, 1867* as it imposes barriers on the admission of articles of growth, produce, or manufacture of one province into another for a “tariff-like purpose”, namely to punish another province.

[171] In terms of remedy, B.C. asserts at paragraph 46 of its statement of claim that it seeks a declaration that the Act “is inconsistent with the Constitution of Canada and of no force and effect” or, in the alternative, that various parts of the Act are, for the same reason, of no force and effect.

[172] As previously noted, Alberta argues that B.C.’s action is not properly before the Federal Court because it lacks jurisdiction to issue bare declarations on the constitutionality of legislation. In that regard, Alberta asserts that, as a general rule, challenges to the constitutional validity of legislation, be it federal or provincial, cannot be raised in the abstract.

[168] Pour tous ces motifs, je conclus que la jurisprudence examinée par mon collègue ne fait pas obstacle à une interprétation libérale des types de « litiges » dont la Cour fédérale peut être saisie en vertu de l’article 19. Ces litiges comprendraient, dans les circonstances appropriées, la contestation de la validité d’une loi, notamment d’une loi provinciale.

[169] Cela dit, je suis d’avis que le litige en l’espèce ne se prête pas à un jugement déclaratoire.

II. La présente affaire ne se prête pas à un jugement déclaratoire

[170] Tel qu’il a été mentionné plus haut, la Colombie-Britannique soutient que la Loi outrepassse le pouvoir législatif de l’Alberta dans le domaine du commerce des ressources naturelles non renouvelables, car elle représente une menace d’embargo sur les exportations de combustibles raffinés et de pétrole brut. Ainsi, la Loi autoriserait ou prévoirait des disparités envers une autre partie du Canada, ce qui contreviendrait au paragraphe 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Colombie-Britannique soutient en outre que la Loi contrevient à l’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, car elle impose des barrières à l’admission d’articles du crû, de la provenance ou de la fabrication d’une province vers une autre [TRADUCTION] « à l’instar d’un tarif », c’est-à-dire pour punir une autre province.

[171] Pour ce qui est de la mesure demandée, la Colombie-Britannique fait valoir, au paragraphe 46 de sa déclaration, qu’elle demande que soit rendue une déclaration portant que la Loi [TRADUCTION] « est contraire à la Constitution du Canada et est inopérante » ou, subsidiairement, que diverses parties de la Loi sont, pour le même motif, inopérantes.

[172] Comme nous l’avons mentionné plus haut, l’Alberta soutient que la Cour fédérale ne peut pas être saisie de l’action de la Colombie-Britannique, car elle n’a pas compétence pour rendre un simple jugement déclaratoire sur la constitutionnalité d’une loi. À cet égard, l’Alberta fait valoir que la règle générale veut que la validité constitutionnelle d’une loi — qu’elle soit fédérale ou provinciale — ne puisse être mise en cause dans l’abstrait.

[173] Put otherwise, Alberta's claim is that the declaratory relief sought by B.C., i.e. a declaration of constitutional invalidity, should not be considered until the Minister takes action pursuant to the Act. In my view, this argument fundamentally raises the question of whether granting declaratory relief would be premature at this time, rather than whether the Federal Court has jurisdiction over the present dispute. As such, it should be assessed in light of the current state of the law on declaratory relief.

[174] In *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165 (*Ewert*), the Supreme Court set out a four-part test on when a court can grant declaratory relief. This test requires that (i) the court have jurisdiction over the subject matter; (ii) the dispute be real and not theoretical; (iii) the party raising the issue have a genuine interest in its resolution; and (iv) the responding party have an interest in opposing the declaration sought (*Ewert*, at paragraph 81).

[175] This test reaffirms, in essence, the test for declaratory relief set out in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745 (*Solosky*); *Canada (Prime Minister) v. diannat*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; and *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99 (*Daniels*), all of which were considered in *Ewert*. In *Solosky*, the Supreme Court clarified the requirement that the dispute must be real and not hypothetical. On this point, it contrasted real disputes with situations "when the dispute is over and has become academic, or where the dispute has yet to arise and may not arise" (*Solosky*, at page 832). In a subsequent case, *Operation Dismantle v. the Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481, the Court referred to *Solosky* in support of the proposition that there has to be a "cognizable threat to a legal interest" before a court can consider declaratory relief (at page 457 of S.C.R.). More recently, in *Daniels*, the Court specified that a declaration can "only be granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a 'live controversy' between the parties" (*Daniels*, at paragraph 11).

[173] En d'autres mots, l'Alberta soutient que le jugement déclaratoire demandé par la Colombie-Britannique, c'est-à-dire un jugement déclarant la Loi inconstitutionnelle, ne devrait pas être envisagé avant que le ministre prenne des mesures en application de la Loi. À mon avis, la question fondamentale soulevée par cette observation est de savoir s'il serait prématuré à ce stade de rendre un jugement déclaratoire, et non de savoir si la Cour fédérale a compétence pour statuer sur le présent litige. La question devrait donc être examinée en regard de l'état actuel du droit sur le jugement déclaratoire.

[174] Dans l'arrêt *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165 (*Ewert*), la Cour suprême a énoncé un critère en quatre volets pour déterminer quand un tribunal peut rendre un jugement déclaratoire. Ce critère exige (i) que le tribunal ait compétence pour entendre le litige; (ii) que la question en cause soit réelle et non pas simplement théorique; (iii) que la partie qui soulève la question ait véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue; (iv) que la partie intimée ait intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité (*Ewert*, au paragraphe 81).

[175] Ce critère essentiellement confirme celui énoncé dans les arrêts *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 1979 CanLII 9 (*Solosky*); *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; et *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99 (*Daniels*), qui ont tous été pris en compte dans l'arrêt *Ewert*. Dans l'arrêt *Solosky*, la Cour suprême a énoncé l'exigence selon laquelle il doit exister un litige réel et non hypothétique. Sur ce point, elle a établi une distinction entre les litiges réels et les situations où « le litige est passé et est devenu théorique ou [...] le litige n'est pas encore né et ne naîtra probablement pas » (*Solosky*, à la page 832). Dans une affaire subséquente, *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 1985 CanLII 74, la Cour a invoqué l'arrêt *Solosky* pour étayer sa proposition qu'il doit y avoir « un intérêt juridique menacé qui soit identifiable » avant qu'un tribunal n'envisage de prononcer un jugement déclaratoire (à la page 457 [du R.C.S.]). Plus récemment, dans l'arrêt *Daniels*, la Cour a précisé qu'un jugement déclaratoire « ne peut être rendu que s'il a une utilité pratique, c'est-à-dire s'il règle un "litige actuel" entre les parties » (*Daniels*, au paragraphe 11).

[176] In responding to Alberta’s prematurity objection, the Judge relied on the *Daniels* test (Judge’s reasons, at paragraph 84, citing *Daniels*, at paragraph 11). He opined that while the requirement of a “live controversy” implies the need for a factual matrix, this is more often the case when the Charter is at play. In disputes involving division of powers issues, a factual matrix is less relevant given that the “pith and substance of legislation does not change according to the manner in which the law is applied” (Judge’s reasons, at paragraph 86). The Judge therefore held that in determining whether B.C.’s action gives rise to a “live controversy” of the kind contemplated by *Daniels*, evidence as to the application of the Act is of little relevance. As such, the Judge took the view that declaratory relief is available to B.C. in the present matter even though there are no regulations in place to operationalize the Act and the Minister has yet to use the powers conferred upon him by that legislation [at paragraphs 86–89]:

A factual background, however, is less necessary where the Charter is not in play, particularly in division-of-powers cases. The pith and substance of legislation does not change according to the manner in which the law is applied. Indeed, in *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463 (*Morgentaler*), at pages 485–488, the Supreme Court of Canada noted that evidence of a statute’s practical effects is of little relevance in ascertaining the statute’s pith and substance. Courts have often dealt with the merits of actions or motions for declaratory judgments regarding the compliance of legislation with the division of powers or other constitutional limits to legislative power: *Att. Gen. of Quebec v. Blaikie et al.*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Potter v. Québec (Procureur général)*, 2001 CanLII 20663, [2001] R.J.Q. 2823 (C.A.); *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 474; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 (*Canadian Western Bank*). While the procedural background of those cases varies, it appears that the Court in each case dealt with the constitutional issue without inquiring about the precise manner in which the legislation would be implemented.

Applying those principles, I am unable to give effect to Alberta’s prematurity objection. The most basic reason

[176] Au sujet de l’argument de l’Alberta concernant la prématurité, le juge de la Cour fédérale s’est fondé sur le critère énoncé dans l’arrêt *Daniels* (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 84, citant *Daniels*, au paragraphe 11). Il a estimé que, bien que l’exigence relative à l’existence d’un « litige actuel » suppose un contexte factuel, cette exigence s’applique plus souvent lorsque la Charte est en cause. Dans les litiges mettant en cause le partage des compétences, le contexte factuel devient alors moins important puisque « [l]a façon dont une loi est appliquée ne change pas son caractère véritable » (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 86). Le juge de la Cour fédérale a donc conclu que, pour déterminer si l’action de la Colombie-Britannique portait sur un « litige actuel » du genre envisagé par l’arrêt *Daniels*, les éléments de preuve sur l’application de la Loi ne sont guère pertinents. À cet égard, il a estimé que la Colombie-Britannique avait droit à un jugement déclaratoire en l’espèce, même si aucun règlement n’avait encore été pris pour la mise en œuvre de la Loi et que le ministre n’avait pas encore utilisé les pouvoirs que cette dernière lui conférerait [aux paragraphes 86 à 89] :

Le contexte factuel, en revanche, s’avère moins nécessaire lorsque la Charte n’est pas en cause, notamment en matière de partage des compétences. La façon dont une loi est appliquée ne change pas son caractère véritable. En effet, dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463 (*Morgentaler*), aux pages 485 à 488, la Cour suprême du Canada a noté que la preuve des effets pratiques d’une loi a peu de pertinence pour en déterminer le caractère véritable. Les tribunaux se sont souvent penchés sur le fond d’actions ou de requêtes en jugement déclaratoire portant sur la conformité d’une loi au partage des compétences ou à d’autres limites constitutionnelles au pouvoir législatif : *Proc. Gén. du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Potter c. Québec (Procureur général)*, 2001 CanLII 20663, [2001] R.J.Q. 2823 (C.A.); *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 474; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (*Banque canadienne de l’Ouest*). Bien que ces affaires aient connu des chemine-ments procéduraux variés, il semble que dans tous ces cas, la Cour a tranché la question constitutionnelle sans se pencher sur la manière précise dont la loi serait appliquée.

En me fondant sur ces principes, je ne peux pas donner effet à l’objection concernant la prématurité soulevée

is that British Columbia's action does not challenge any measure taken pursuant to the Act. It challenges the Act itself. It is what the Americans would call a "facial challenge." The Act is now in force. The main question will be to determine the Act's pith and substance and, according to *Morgentaler*, this does not require evidence regarding the application of the Act. Evidentiary difficulties are not an obstacle in this case.

Moreover, there is a "live controversy," as required by *Daniels*. In the course of the debates regarding the Act, members of the Alberta legislature have described it as targeting British Columbia. British Columbia, in turn, asserts that the Act is unconstitutional. This is certainly a live controversy. The practical utility of a declaration is beyond question.

The fact that the Lieutenant Governor in Council must make certain regulations and the Minister must make certain orders before the Act produces concrete effects is immaterial. In the particular circumstances of this case, the mere adoption of the act is a threat that is sufficient to give rise to a "live controversy" of the kind contemplated by *Daniels*.

[177] With respect, I find the Judge's reasoning problematic in relation to both components of B.C.'s claim: (i) that based on section 121 of the *Constitution Act, 1867* and (ii) that based on subsection 92A(2) of the *Constitution Act, 1867*.

A. *The section 121 component of B.C.'s claim*

[178] The Judge's approach is particularly problematic in regard to section 121. I begin by noting that the Judge did not address the question of when declaratory relief is appropriate in relation to a claim based on section 121. While he grounds his reasoning regarding the appropriateness of such a remedy in the present matter in a division of powers approach, the Supreme Court's ruling in *Comeau* indicated that alleged infringements of section 121 are not to be analyzed in the same way as alleged infringements of sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. This is so because section 121 does not confer any power but rather limits the exercise of the powers, otherwise exhaustive, conferred on legislatures by

par l'Alberta. La raison essentielle est que la Colombie-Britannique, dans son action, ne conteste aucune mesure prise conformément à la Loi; elle conteste la Loi elle-même. C'est ce que les Américains appelleraient une [TRADUCTION] « contestation intrinsèque ». La Loi est maintenant en vigueur. La principale question consistera à déterminer le caractère véritable de la Loi, ce qui, selon l'arrêt *Morgentaler*, ne nécessite aucune preuve quant à l'application de la Loi. Les difficultés de preuve ne constituent pas un obstacle en l'espèce.

De plus, il existe un « litige actuel », comme l'exige l'arrêt *Daniels*. Au cours des débats concernant la Loi, les membres de l'Assemblée législative de l'Alberta l'ont décrite comme ciblant la Colombie-Britannique. La Colombie-Britannique, à présent, affirme que la Loi est inconstitutionnelle. Il s'agit sans nul doute d'un litige actuel. L'utilité pratique d'une déclaration est incontestable.

Il importe peu que le lieutenant-gouverneur en conseil doive prendre certains règlements et que la ministre doive prendre des décrets pour que la Loi ait des effets concrets. Dans les circonstances particulières de l'espèce, le simple fait d'adopter la Loi constitue une menace suffisante pour donner lieu à un « litige actuel » du genre envisagé par l'arrêt *Daniels*.

[177] En toute déférence, j'estime que le raisonnement du juge pose problème relativement aux deux volets de la demande de la Colombie-Britannique, soit (i) celui fondé sur l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et (ii) celui fondé sur le paragraphe 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

A. *Le volet de la demande de la Colombie-Britannique fondé sur l'article 121*

[178] L'approche du juge de la Cour fédérale pose particulièrement problème en ce qui a trait à l'article 121. Je fais observer pour commencer que le juge de la Cour fédérale n'a pas examiné les circonstances dans lesquelles il convient de rendre un jugement déclaratoire à l'égard d'une demande fondée sur l'article 121. Il fonde son raisonnement quant à la pertinence de ce recours sur les principes du partage des compétences, mais la Cour suprême, dans l'arrêt *Comeau*, précise que les allégations d'infraction à l'article 121 ne doivent pas être analysées de la même manière que les allégations concernant les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela s'explique du fait que l'article 121 ne confère pas

sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* (*Comeau*, at paragraph 72). *Comeau* set out the following conditions for establishing an infringement of section 121, which the Judge cited in his analysis of B.C.'s motion for interlocutory injunction (Judge's reasons, at paragraph 112, citing *Comeau*, at paragraph 114):

In summary, two things are required for s. 121 to be violated. The law must impact the interprovincial movement of goods like a tariff, which, in the extreme, could be an outright prohibition. And, restriction of cross-border trade must be the primary purpose of the law, thereby excluding laws enacted for other purposes, such as laws that form rational parts of broader legislative schemes with purposes unrelated to impeding interprovincial trade.

[179] With respect to determining whether an impugned law imposes a charge on the basis of a provincial border, the Supreme Court noted the need for evidence in certain circumstances [*Comeau*, at paragraph 110]:

In some cases, evidence may be required to determine if an impugned law imposes a charge on the basis of a provincial border. Consider a fictional law that requires Alberta distillers to get a special licence to import rye. It is not plain on the face of the law whether the law (1) imposes any sort of charge on the movement of rye or (2) whether any such charge is linked to a distinction between goods related to a provincial boundary. If the cost of the licence is substantial or if it is very difficult to acquire, the measure may impede cross-border trade in rye. Similarly, if the only rye available to Alberta distillers is from Saskatchewan, the licence requirement may function like a tariff against a Saskatchewan good. On the other hand, if the licence is not burdensome to acquire or if the licensing requirement applies equally where Alberta enterprises have access to rye from within Alberta, the law may not impose a burden or charge based on a provincial border and s. 121 is not violated. [My emphasis.]

de pouvoirs, mais limite plutôt l'exercice des pouvoirs — qui sinon seraient exhaustifs — que confèrent les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux assemblées législatives (*Comeau*, au paragraphe 72). L'arrêt *Comeau* énonce les conditions à remplir pour établir qu'il y a infraction à l'article 121, conditions que le juge de la Cour fédérale a mentionnées dans son analyse de la requête en injonction interlocutoire de la Colombie-Britannique (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 112, citant l'arrêt *Comeau*, au paragraphe 114) :

Bref, il ne sera enfreint à l'art. 121 qu'en présence de deux éléments. La loi doit avoir, comme un tarif, une incidence sur la circulation interprovinciale de biens, une incidence qui, à la limite, peut consister en une interdiction pure et simple. Il faut en outre que la restriction au commerce interprovincial constitue l'objet principal de la loi, de sorte que ne sont pas visées les lois adoptées pour l'atteinte d'autres objets, comme des lois qui font rationnellement partie de régimes législatifs plus larges dont les objets ne sont pas liés à l'entrave au commerce interprovincial.

[179] La Cour suprême a fait observer que, lorsqu'il s'agit de déterminer si une loi contestée impose une charge fondée sur une frontière provinciale, il peut être nécessaire, dans certaines circonstances, de produire des éléments de preuve [*Comeau*, au paragraphe 110] :

Dans certains cas, il pourrait être nécessaire de produire certains éléments de preuve pour qu'il soit possible de déterminer si la loi contestée impose une charge fondée sur une frontière provinciale. Envisageons le cas d'une loi fictive qui exigerait des distillateurs albertains qu'ils obtiennent un permis particulier pour importer du seigle. On ne peut dire de la loi, à sa face même, (1) si elle impose une quelconque charge sur la circulation du seigle ou (2) si une telle charge est liée à une distinction entre les biens fondée sur une frontière provinciale. Si le prix du permis est considérable et s'il est très difficile de s'en procurer un, il est possible que la mesure entrave le commerce interprovincial de seigle. De même, si le seul seigle que peuvent se procurer les distillateurs albertains provient de la Saskatchewan, l'exigence quant à la détention d'un permis peut agir comme un tarif à l'encontre d'un bien de la Saskatchewan. Par contre, s'il est facile de se procurer le permis et si la détention d'un tel permis s'applique tout autant si les entreprises albertaines ont accès à du seigle produit en Alberta, il est possible que la loi n'impose pas un fardeau ou une charge fondés sur une frontière provinciale et qu'il n'y ait pas violation de l'art. 121. [Non souligné dans l'original.]

[180] The law referred to in the Supreme Court’s fictional example, underlined in the passage above, is noteworthy in its resemblance to the Act. It is not plain on the face of the Act whether it (i) will impose any sort of charge on the movement of crude oil from Alberta to British Columbia or (ii) whether any such charge (if and when it is introduced by the Minister) will be linked to a distinction between goods related to the British Columbia-Alberta border. Without further action from the Minister, it is impossible to determine how onerous it will be for any British Columbian to import crude oil from Alberta.

[181] In light of the above, I believe the Judge erred in holding that “the mere adoption of the act is a threat that is sufficient to give rise to a ‘live controversy’” (Judge’s reasons, at paragraph 89). In a section 121 analysis, a court must first establish that the impugned law in essence restricts the movement of goods across a provincial border before it can proceed to an inquiry into the law’s purpose (see *Comeau*, at paragraph 111). Put differently, consideration must first be given to the actual cost imposed on the movement of goods. An indeterminate threat (e.g. to “turn off the taps” or “inflict economic pain”) that has not materialized into an actual charge is insufficient to establish a violation of section 121. As no charge or restriction has yet been imposed by Alberta on the export of crude oil to British Columbia, it is impossible for a court to say anything about the Act’s effects, if any, on a province’s rights or obligations under section 121. Simply put, a section 121 dispute “has yet to arise and may not arise.”

[182] It is therefore plain and obvious that, as matters currently stand with regards to the section 121 component of B.C.’s claim, the legal test for declaratory relief has not been met. In this respect, I find B.C.’s claim against Alberta to be premature.

[180] La loi visée dans l’exemple fictif de la Cour suprême, qui est souligné dans le passage ci-dessus, ressemble remarquablement à la Loi. On ne peut pas dire, à partir du seul texte de la Loi, (i) si elle imposera une quelconque charge sur la circulation du pétrole brut de l’Alberta vers la Colombie-Britannique ni (ii) si une telle charge (à supposer que le ministre l’impose) établira une distinction entre les biens fondée sur la frontière entre la Colombie-Britannique et l’Alberta. Sans autre action de la part du ministre, il est impossible de déterminer ce qu’il en coûtera pour les Britanno-Colombiens d’importer du pétrole brut de l’Alberta.

[181] Compte tenu de qui précède, je suis d’avis que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que « le simple fait d’adopter la Loi constitue une menace suffisante pour donner lieu à un “litige actuel” » (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 89). Dans une analyse sur l’application de l’article 121, le tribunal doit d’abord établir que la loi contestée, par son essence, entrave la circulation des biens d’une province à une autre, avant d’entreprendre un examen de l’objet de la loi (voir *Comeau*, au paragraphe 111). En d’autres termes, il doit d’abord déterminer le coût réel imposé sur la circulation des biens. Une menace indéterminée (par exemple, la menace de « fermer les vannes » ou de « causer des difficultés économiques »), qui ne s’est pas matérialisée en une charge réelle, est insuffisante pour établir qu’il y a violation de l’article 121. Comme l’Alberta n’a encore imposé aucune charge ni restriction sur l’exportation de pétrole brut vers la Colombie-Britannique, il est impossible pour un tribunal de se prononcer sur les effets, s’il en est, que la Loi aura sur les droits ou les obligations de la province au regard de l’article 121. Bref, le litige qui serait visé par l’article 121 « n’est pas encore né et ne naîtra probablement pas ».

[182] Il est donc évident et manifeste qu’en l’état actuel des choses, relativement au volet de la demande de la Colombie-Britannique fondé sur l’article 121, il n’est pas satisfait au critère juridique applicable au prononcé de jugements déclaratoires. À cet égard, je conclus que la demande de la Colombie-Britannique envers l’Alberta est prématurée.

B. The subsection 92A(2) component of B.C.'s claim

[183] In the Judge's view, the fact that the Minister has yet to take action under the Act is not an obstacle to declaratory relief. This is because in division of powers cases, a law's constitutionality depends on its pith and substance, which "does not change according to the manner in which the law is applied" (Judge's reasons, at paragraph 86). In the context of his analysis of B.C.'s request for an interlocutory injunction, the Judge noted that the history of subsection 92A(2) shows that the provision was intended to provide provinces, under certain conditions, with relief from the consequences of exclusive federal jurisdiction over interprovincial trade and commerce under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. He therefore found that "the proper analytical framework is to determine whether the impugned provincial legislation is, in pith and substance, related to interprovincial commerce and, if so, whether it is nevertheless valid because it complies with the conditions imposed by subsection 92A(2)" (Judge's reasons, at paragraph 115). The Judge was of the view that, in pith and substance, the Act regulates oil exports. Furthermore, and even though he did not have to decide that issue, the Judge found the Act was not saved by subsection 92A(2) (Judge's reasons, at paragraph 113).

[184] Even if the Judge's characterization of the Act's pith and substance is accurate, I am not persuaded that declaratory relief should be granted in the absence of action taken pursuant to the Act. My hesitation has to do with the fact that the term "discrimination" in subsection 92A(2) raises a number of interpretive issues which have yet to be addressed by the courts. In the absence of a licensing scheme restricting the export activities of persons or classes of persons, it is my view that the Federal Court lacks a factual context sufficient to interpret and apply subsection 92A(2) in the present case.

B. Le volet de la demande de la Colombie-Britannique fondé sur le paragraphe 92A(2)

[183] Selon le juge de la Cour fédérale, le fait que le ministre n'a pas encore pris de mesures en application de la Loi n'est pas un obstacle au prononcé d'un jugement déclaratoire. Il en est ainsi parce que, dans les affaires intéressant le partage des compétences, la constitutionnalité d'une loi dépend du caractère véritable de la loi et que « [l]a façon dont une loi est appliquée ne change pas son caractère véritable » (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 86). Dans le cadre de son analyse de la requête en injonction interlocutoire de la Colombie-Britannique, le juge de la Cour fédérale a mentionné que l'histoire du paragraphe 92A(2) montre que cette disposition avait pour but de doter les provinces, dans certaines conditions, de moyens pour atténuer les conséquences de la compétence fédérale exclusive en matière de commerce interprovincial prévue par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a donc conclu que « la grille d'analyse pertinente consiste à déterminer si la loi provinciale contestée est, selon son caractère véritable, liée au commerce interprovincial et, le cas échéant, si elle est néanmoins valide étant donné qu'elle respecte les conditions imposées aux termes du paragraphe 92A(2) » (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 115). Il était d'avis que le caractère véritable de la Loi était la réglementation des exportations de pétrole. De plus, même s'il n'avait pas à trancher cette question, il a conclu que le paragraphe 92A(2) n'assurait pas la validité de la Loi (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 113).

[184] Bien que le juge de la Cour fédérale ait correctement défini le caractère véritable de la Loi, je ne suis pas convaincu qu'un jugement déclaratoire devrait être accordé en l'absence de mesures prises en application de la Loi. Ma réticence vient du fait que le mot « disparités » au paragraphe 92A(2) soulève plusieurs questions d'interprétation qui n'ont pas encore été examinées par les tribunaux. Faute d'un régime de permis limitant les activités d'exportation de personnes ou de catégories de personnes, je suis d'avis que la Cour fédérale ne dispose pas d'un contexte factuel suffisant pour interpréter et appliquer le paragraphe 92A(2) en l'espèce.

[185] It has been noted that language contained in section 92A is of a more technical or specialized nature than that typically employed in a constitutional text (William D. Moull, “The Legal Effect of the Resource Amendment – What’s New in Section 92A?” in J. Peter Meekison, Roy J. Romanow and William D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources* (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1985), at pages 33 and 34). With respect to the non-discrimination requirement in subsection 92A(2), it is unclear what kind of export restrictions are permissible (e.g. can a province restrict exports of a raw product to encourage its local processing industry?; see William D. Moull, “Section 92A of the Constitution Act, 1867” (1983), 61:4 *Can. Bar. Rev.* 715, at page 725). One commentator has outlined certain challenges that arise in interpreting “discrimination” under subsection 92A(2) as follows:

Moreover, the quantitative and qualitative indicia to measure discrimination are not specified.... With regard to quantity discrimination, will the export of the same amount of oil *per capita* to each province, irrespective of regional variations in per capita consumption, constitute non-discrimination; or does subsection 92A(2) require that varying amounts of oil *per capita* be exported according to regional variations in consumption? Can Alberta withhold supplies from an industrial user in another province in order to develop its own petrochemical industry?

(Brian W. Semkow, “Energy and the New Constitution” (1985), 23:1 *Alta. L. Rev.* 101, at page 129.)

[186] In light of such interpretive difficulties, a court will have to carefully define the scope of the non-discrimination requirement in subsection 92A(2) before this provision can be invoked to declare an act unconstitutional. In my view, an interpretive exercise of this kind should not take place in the abstract. As recently stated by this Court, “constitutional issues should not be decided unless a full and adequate evidentiary record is before the Court” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72, at paragraph 82, referring to *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115, at

[185] Il a été dit que les termes utilisés dans l’article 92A ont un caractère plus technique ou spécialisé que ceux habituellement utilisés dans un texte constitutionnel (William D. Moull, « The Legal Effect of the Resource Amendment – What’s New in Section 92A? » dans J. Peter Meekison, Roy J. Romanow et William D. Moull, *Origins and Meaning of Section 92A : The 1982 Constitutional Amendment on Resources* (Montréal : Institut de recherche en politiques publiques, 1985), aux pages 33 et 34). En ce qui concerne l’interdiction des disparités prévue au paragraphe 92A(2), il n’est pas clairement établi quels types de restrictions à l’exportation sont autorisés (par exemple, une province peut-elle limiter ses exportations d’une matière première pour encourager son industrie locale de la transformation? Voir William D. Moull, « Section 92A of the Constitution Act, 1867 » (1983), 61:4 *Rev. du B. can.* 715, à la p. 725). Un commentateur a décrit en ces termes certaines difficultés liées à l’interprétation du mot « disparités » au paragraphe 92A(2) :

[TRADUCTION] De plus, il n’y est pas précisé de critères quantitatifs ou qualitatifs servant à mesurer les disparités [...] En ce qui a trait à la disparité quantitative, l’exportation de la même quantité de pétrole par habitant vers chaque province, sans égard aux variations régionales de la consommation par habitant, constitue-t-elle une absence de disparité? Ou le paragraphe 92A(2) exige-t-il que les quantités de pétrole par habitant exportées suivent les variations régionales de la consommation? L’Alberta peut-elle retenir les stocks d’un utilisateur industriel d’une autre province pour développer sa propre industrie pétrochimique?

(Brian W. Semkow, « Energy and the New Constitution », (1985), 23:1 *Alta. L. Rev.* 101, à la page 129.)

[186] Étant donné ces difficultés d’interprétation, le tribunal devra définir avec soin la portée de l’interdiction des disparités prévue au paragraphe 92A(2) avant de se fonder sur cette disposition pour déclarer qu’une loi est inconstitutionnelle. Je suis d’avis que cet exercice d’interprétation ne doit pas être mené dans l’abstract. Comme l’a récemment déclaré notre Cour, « les questions constitutionnelles ne sauraient être tranchées sans un dossier de preuve complet et adéquat » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, au paragraphe 82, renvoyant à l’arrêt *Northern Telecom c. Travailleurs*

page 139, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1). Here, not only does the Federal Court find itself in uncharted territory, but it is being asked to construe subsection 92A(2) while speculating about the details of a hypothetical licensing scheme under the Act. I note that there is a factual vacuum with respect to the class(es) of persons required to obtain a licence, the person(s) whose requests will be denied, the province(s) that will be affected by such denials, and the terms and conditions of a possible future licence.

[187] I acknowledge that the Act allows the Minister to issue licences restricting exports from Alberta and that the legislative debates indicate the retaliatory character of the Act. At the same time, as noted by the Judge at paragraphs 126 and 129 of his reasons, the legislative debates also suggest possible non-discriminatory motivations behind the Act such as maximizing the return on Alberta's natural resources. That being said, in my view, the fundamental issue is that the lack of a licensing scheme makes it difficult to conclude what constitutes discrimination under subsection 92A(2) and whether the Act falls outside of what is permitted by this provision. Moreover, how a court interprets subsection 92A(2)'s prohibition on discrimination may have significant policy implications in affecting, for instance, provinces' economic development plans (see Marsha A. Chandler, "Constitutional Change and Public Policy: The Impact of the Resource Amendment (Section 92A)" (1986), 19:1 *Can. J. Political Science* 103, at page 121).

[188] In the absence of Ministerial action restricting supply to British Columbia and without regulations and an operational licensing scheme, it would be prudent for a court to refrain from assessing the constitutional validity of the Act on the basis that it authorizes or provides for discrimination contrary to subsection 92A(2). Until Alberta imposes restrictions on exports through action taken pursuant to the Act, a subsection 92A(2) dispute has yet to arise and may not arise at all. Put otherwise, the dispute as it currently stands remains more theoretical

en communication, [1980] 1 R.C.S. 115, à la page 139, 1979 CanLII 3). En l'espèce, non seulement la Cour fédérale se trouve en territoire inconnu, mais on lui demande d'interpréter le paragraphe 92A(2) sur le fondement de conjectures quant aux modalités d'un régime hypothétique de permis établi sous le régime de la Loi. Je constate qu'il existe un vide factuel quant à la catégorie ou aux catégories de personnes tenues d'obtenir un permis, aux personnes dont les demandes seront refusées, aux provinces qui seront touchées par de tels refus, ainsi qu'aux modalités et conditions de potentiels permis futurs.

[187] Je reconnais que la Loi permet au ministre de délivrer des permis pour restreindre les exportations de l'Alberta et que les débats législatifs montrent que la Loi a été adoptée à titre de représailles. Parallèlement, comme l'a souligné le juge de la Cour fédérale aux paragraphes 126 à 129 de ses motifs, les débats législatifs révèlent également que la Loi était motivée possiblement par objectifs ne consistant pas à causer des disparités, par exemple maximiser le rendement des ressources naturelles de l'Alberta. Cela dit, à mon avis, la question fondamentale est qu'en l'absence d'un régime de permis, il est difficile de déterminer ce en quoi constitue une disparité au sens du paragraphe 92A(2) et de déterminer si la Loi outrepassé ce qu'autorise cette disposition. Qui plus est, la manière dont le tribunal interprète l'interdiction des disparités prévue au paragraphe 92A(2) pourrait avoir d'importantes répercussions en matière de politiques publiques, car elle pourrait toucher, par exemple, les plans de développement économique des provinces (voir Marsha A. Chandler, « Constitutional Change and Public Policy: The Impact of the Resource Amendment (Section 92A) » (1986), 19 : 1 *Revue can. de science politique* 103, à la page 121).

[188] Vu l'absence de mesures prises par le ministre pour restreindre l'approvisionnement de la Colombie-Britannique ainsi que l'absence de règlements et de régime de permis fonctionnel, il serait prudent pour le tribunal de s'abstenir de juger la constitutionnalité de la Loi au motif qu'elle autorise ou prévoit des disparités en violation du paragraphe 92A(2). Tant que l'Alberta n'imposera pas de restrictions sur les exportations par des mesures prises en vertu de la Loi, aucun litige visé par le paragraphe 92A(2) n'est encore né et il n'en naîtra

than real. I therefore find the subsection 92A(2) aspect of B.C.'s claim to be premature. As previously indicated, Alberta conceded during oral submissions that the Federal Court would have jurisdiction to hear the dispute once the Minister takes action under the Act.

[189] For these reasons, I am inclined to find that B.C. has not met the test for declaratory relief with respect to both the section 121 and subsection 92A(2) components of its action.

III. Conclusion

[190] Therefore, I would allow Alberta's appeal, I would set aside the Judge's decision and, rendering the judgment which ought to have been rendered, I would allow Alberta's motion and I would strike B.C.'s statement of claim. Finally, I would grant Alberta its costs in this Court and below.

RIVOALEN J.A.: I agree.

peut-être aucun. En d'autres termes, le litige en l'état actuel des choses est plus théorique que réel. Par conséquent, je conclus que le volet de la demande de la Colombie-Britannique fondé sur le paragraphe 92A(2) est prématuré. Comme je l'ai indiqué plus haut, l'Alberta a reconnu durant les observations orales que la Cour fédérale aurait compétence pour statuer sur le litige si le ministre prenait des mesures en application de la Loi.

[189] Pour ces motifs, je suis porté à conclure que la Colombie-Britannique n'a pas satisfait au critère à remplir pour obtenir un jugement déclaratoire relativement aux deux volets (fondés sur l'article 121 et le paragraphe 92A(2)) de son action.

III. Conclusion

[190] Par conséquent, j'accueillerais l'appel de l'Alberta, j'annulerais la décision du juge de la Cour fédérale et, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, j'accueillerais la requête de l'Alberta et je radierais la déclaration de la Colombie-Britannique. Enfin, j'accorderais à l'Alberta les dépens devant notre Cour et le tribunal inférieur.

RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ABORIGINAL PEOPLES

LANDS

Judicial review of Specific Claims Tribunal (Tribunal) decision determining that applicant's specific claim was unfounded given that applicant had failed to establish that lands in issue had been wrongfully transferred or that respondent (Her Majesty the Queen in Right of Canada) had breached fiduciary duties owed to applicant — Circumstances giving rise to applicant's specific claim centre on 1914-1915 sale to Pacific Great Eastern Railway Company (PGER) of 4.37 acres of much larger parcel of land that had been set aside for applicant — Brief review of historical backdrop, which disclosed considerable delay in establishment of many reserves for Indigenous peoples in British Columbia, including Williams Lake Indian Reserve No. 1 (WLIR No. 1), reserve at issue in this application, carried out — In 1914, PGER sought approval for right-of-way through WLIR No.1 — In 1938, British Columbia conveying WLIR No. 1 minus Railway Parcel Lands acquired by PGER for railway purposes to Canada — In its decision, Tribunal addressed applicant's primary submission that WLIR No. 1 was full reserve rather than provisional one in 1914-1915, rejecting this submission — Concluded that status of WLIR No. 1 reserve lands from 1881 to 1938 was provisional only — Tribunal found that applicable provincial railway legislation, despite certain inherent limitations, were not impediment to provincial Crown taking action to grant Crown land to be used for railway purposes — Concluded that *Land Act*, R.S.B.C. 1911, c. 129 provided express authority for provincial Crown grant of Railway Parcel Lands to PGER — Tribunal also found that irrespective of provisional status of reserve, respondent owed fiduciary duty to applicant to take action on its behalf in reserve creation process — Also noted that respondent had duty of minimal impairment as facet of its fiduciary obligation — Tribunal concluded that Canada had not breached its fiduciary duty in weighing options, applying compensation to other applicant needs rather than pursuing unlikely remedy by way of acquisition of replacement provincial land — As such, Tribunal determined that grounds advanced under *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22 (SCTA), s. 14 not established — Main issue was whether Tribunal's conclusion that respondent did not breach its fiduciary duties to applicant was unreasonable since not conforming to applicable law governing scope of fiduciary duties established by courts, Tribunal itself in previous cases — In decision under review, Tribunal found that British Columbia's likely unwillingness to cooperate in transfer of replacement lands effectively absolved respondent from needing to pursue such an option — Such conclusion failed to respect applicable common law principles governing scope of Crown's duty of minimal impairment — In short, it was not open to respondent to rely on likely provincial intransigence as excuse for failure to meet its own fiduciary obligations, even if such intransigence might be, in and of itself, also breach of fiduciary duty — Tribunal thus reached unreasonable conclusion in finding that British Columbia's likely intransigence justified respondent's actions in present case — Tribunal also failed to consider whether respondent ought to have sought to have easement over Railway Parcel Lands granted to PGER, as opposed to grant in fee simple — Further failed to analyze impact of timing of various actions taken by respondent, notably its rapid concurrence with PGER's request, speedy acceptance of assessed value of Railway Parcel Lands as compared to its lack of urgency in pursuing applicant's request for replacement lands — Each of these alternatives ought to have been considered by Tribunal prior to deciding that applicant's specific claim was unfounded as principle of minimal impairment required their examination — Each represented less invasive option that may well have been one that respondent ought to have pursued, irrespective of which level of government held Crown's interest in Railway Parcel Lands — Because Tribunal failed to adequately examine

ABORIGINAL PEOPLES—Concluded

these less invasive options, its decision could not stand — Therefore, Tribunal’s decision set aside, applicant’s claim remitted to Tribunal for redetermination in accordance with present reasons — Application allowed.

WILLIAMS LAKE FIRST NATION V. CANADA (INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (A-341-18, 2021 FCA 30, Gleason J.A., reasons for judgment dated February 17, 2021, 23 pp.)

Application seeking registration of adjudicator’s award with Court’s registry — Present dispute focusing on promise contained in Treaties 1, 3, 4, 5, 6, 10 pertaining to Manitoba, i.e. creation of reserves therein — That promise not kept to satisfaction of treaty First Nations — Manitoba First Nations deciding to negotiate settlement — Entering into Manitoba Framework Agreement (MFA) with Canada, Manitoba — MFA complex agreement setting out in detail process for creation of reserves to fulfil promise of treaties — Providing for detailed, exhaustive dispute resolution process — Also containing releases in favour of Canada, i.e. First Nations agreeing not to sue Canada with respect to failure to comply with provisions of treaties regarding creation of reserves — Applicant Treaty Land Entitlement (TLE) Committee beginning in 2016 formal process set forth in MFA for alleging that Canada’s consultation with Métis constituted material failure to comply with MFA — After unsuccessful negotiations, parties agreeing to send matter to binding arbitration — Adjudicator’s terms of reference identifying 35 parcels selected or acquired by seven First Nations — Adjudicator holding, *inter alia*, that Canada’s conduct amounting to breach of MFA, s. 40.07, which provides that MFA can only be amended by agreement of parties — Finding that Canada effectively amended MFA by inserting into agreed upon implementation process step not provided for in MFA, which has significant impact on MFA’s implementation — Also determining that Canada breaching MFA, s. 8.02, which requires amendments to Additions to Reserves Policy to be agreed to by parties — Declaring that Canada had committed event of default — Ordering Canada to negotiate amendment to MFA — Following adjudicator’s award, negotiations took place without result — Thus applicants asking Court to register award, to declare that releases, indemnities contained in each applicant First Nation’s TLE agreement now void — Canada arguing that applicants not showing that registering award would serve any purpose — Also of view that voiding releases would be unjust, because 28 of 35 parcels at issue now added to reserves — Asserting that parties to MFA intending Court to exercise discretion regarding appropriateness of issuance of declaration — Whether award should be registered — Applicants entitled as of right to have award registered — Contrary to philosophy underpinning *Commercial Arbitration Code* (Code), being Schedule to *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17 to refuse registration — Code, arts. 35, 36 providing that registration of arbitral award obtained as of right, refused only for grounds enumerated in art. 36 — Whether applicant First Nations’ entitled to declaration voiding their releases — All applicant First Nations entitled to declaration — Conditions for issuance of declaratory judgment met — MFA product of careful balancing of parties’ interests — Court should not, through exercise of its discretion, displace detailed, negotiated bargain as primary source of justice between parties — Overall intent emerging from reading of entire dispute resolution provisions that courts only playing subsidiary role in resolution of disputes — Invoking Court’s discretion must not be manner of relitigating issues already decided in arbitration — Applicants should not be deprived of remedy contemplated by MFA because reserve creation process has reached its conclusion with respect to 28 parcels — Event of default is lack of agreement, not failure to negotiate — Canada not relieved of its duty to reach agreement to amend MFA because it feels it has negotiated enough or that its negotiating position reasonable — Canada’s submissions regarding disproportionality attempt to relitigate issue under another name — Canada asking for more lenient consequence for its default than what is contemplated in MFA — Contrary to honour of Crown to allow Canada to impose its own view of what is just in circumstances — Adjudicator’s award directed to be registered — Releases, indemnities given by applicant First Nations in their TLE agreements declared void, ineffective in whole — Application allowed.

TREATY LAND ENTITLEMENT COMMITTEE INC. V. CANADA (INDIGENOUS AND NORTHERN AFFAIRS) (T-336-19, 2021 FC 329, Grammond J., reasons for judgment dated April 23, 2021, 36 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision declining to grant appeal from Refugee Protection Division (RPD) decision — Applicant, citizen of Chad who made refugee protection claim in Canada; accompanied by two daughters who are citizens of Great Britain — In Chad, applicant member of Coordination des associations

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

de la société civile et de défense des droits de l'homme (CASCIDHO) since 2009, where applicant claimed involved in defence of women's rights — Was constantly threatened, feared for her life in country of origin but little evidence to support this — As CASCIDHO coordinator, applicant worked to mobilize, raise awareness among women; focussed on early marriage, female genital mutilation of young girls — Claimed she showed a film on female genital mutilation at local school; police officers intervening during screening — Applicant stated she was arrested, taken to police station, suffered injuries; released thereafter — Applicant fled her country after receiving summons to appear before superior council for Islamic affairs — RPD's decision short — Claim made on behalf of applicant's two children rejected at outset given that, as citizens of Great Britain, they had no claim against their country of citizenship — As for applicant's claim, RPD found it lacking credibility — Noted existence of two summonses from superior council for Islamic affairs, with second being summons to appear sent more than one year after applicant left Chad — RPD found these two summonses to be sham documents — Also noted that neither summonses included word "Mrs.," which RPD wrote was contrary to norm in Chad — RPD also criticized applicant for not seeking asylum in United States, where she stayed for four days after leaving Chad — Applicant submitted that RAD should hear appeals *de novo*, invited RAD to consider evidence, draw its own conclusions — RAD, after considering evidence, carrying out its own independent assessment of evidence on record, including listening to recording, drew conclusion that RPD's decision correct but for other reasons — RAD agreed with RPD that while discrepancies, contradictions in summonses might appear insignificant when considered individually, when considered as whole, they could support finding of lack of credibility — RAD also noted other elements that appeared to support its conclusion, such as fact that film shown not illegal or prohibited, that applicant could not explain why police would have arrested her in such circumstances; that applicant could not explain her fear of council of Islamic affairs — RAD thus concluding that applicant had not established serious possibility of persecution in Chad — Regarding procedural fairness, applicant argued that RAD considered new ground given that additional elements relied on by RAD to make finding on credibility of refugee protection claim had not been decided on by RPD — Applicant complained to RAD that conclusions RPD reaching based on secondary facts only; arguing that additional submissions should have been sought prior to rendering decision under review if new information was to be considered that RPD had not considered — RAD examined issue of credibility further, made own findings; noted irregularities — Furthermore, other elements not put forward by RPD emerged when RAD listened to recording of hearing — Whether RAD's decision procedurally fair — Principle established that if new issue raised on appeal to RAD, notice should be given to applicant — Applicant argued that new elements used by RAD in discussing credibility requiring that notice be provided to allow her to make submissions — Nuance made here that RAD's decision was continuation of facts dealt with by RPD — Question of what findings should be made by RAD about applicant's credibility therefore not without nuance — Case law of Federal Court not monolithic, specific facts continue to be relevant — Depending on case, applicant's credibility may take on different colour, new issue may require not new hearing but rather submissions from applicant — Decision in *Kwakwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 600 noteworthy — Review of recent case law from Federal Court showing that, as stated in *Kwakwa*, there is fine line, sometimes blurred, between situations where RAD raising, dealing with "new question", those where it simply makes reference to additional piece of evidence on record to support existing conclusion of RPD on factual assessment or on credibility issue — Present matter good illustration of such proposition — RPD rendered its decision on very narrow basis: summons from superior council of Islamic affairs, four-day delay in United States before applicant coming to Canada, made claim — On appeal, applicant complained that RPD's decision based on secondary, inconclusive facts that were insufficient to reject her sworn testimony on balance of probabilities — RAD sought further evidence from record — In this case, fine, blurred line from *Kwakwa* crossed — Issues raised by RAD considerably more significant than those raised by RPD — Applicant argued on appeal that RPD could not reach conclusions it did on such tenuous grounds, view echoed by RAD, which identified several additional elements to support its conclusion; elements that it considered probative without benefit of applicant's submissions — Final decision very different, with further explanation, which could make it reasonable decision under *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65 — While applicant based her appeal on insufficient justification for conclusion, RAD identified elements that RPD ignored in reaching that conclusion — But this was different decision, taking into account elements that were not considered by RPD — If this were simply matter of supporting RPD's finding, it would not be necessary to seek applicant's submissions — However, basis on which RPD made its credibility finding so tenuous (very basis of appeal) that in circumstances of this case, RAD's intervention constituted new reasons — Any new reasoning on credibility cannot be considered without giving notice to person seeking refugee protection or person in need of protection status — RPD's decision very thin, focusing almost exclusively on summons that was found to be flawed while RAD considered other elements that were proportionately better developed, more numerous, carrying greater weight — Resolution of present matter largely based on very particular facts of case — When RAD's decision juxtaposed against that of RPD, RAD made decision on basis of new issue that was not subject of appeal — Prudent course of action would be for RAD to reconsider appeal of RPD decision — If RAD believing that credibility issue raised by RPD, appealed from requiring more in-depth review of evidence on record, it should

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

consider giving notice to applicant so that she may provide submissions, comments — Given finding of breach of procedural fairness, neither necessary nor appropriate to consider whether RAD’s decision reasonable — Application allowed.

BOUCHRA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7563-19, 2020 FC 1063, Roy J., reasons for judgment dated November 17, 2020, 22 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Administration and enforcement — Judicial review of Canada Revenue Agency (CRA) decision to temporarily withdraw, as opposed to permanently renounce, two certificates that CRA filed in Federal Court for purposes of taking collection action against applicants in their capacities as directors of Artisan Homes Inc. (Artisan) for arrears of goods and services tax (GST) owing by Artisan — Applicants’ primary argument was that CRA action unreasonable because it contravened National Collections Manual (2015-01) (2015 Manual) that was in effect at time they submitted their notices of objection to CRA’s notice of assessment on April 20, 2016, made pursuant to *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (ETA), s. 301(1.1) — CRA stating that 2015 Manual was superseded in November 2016 by InfoZone communication from Director of CRA’s Collections Enforcement Division (2016 Directive); that applicants relying on out-of-date information — On February 17, 2016, pursuant to ETA, s. 323(l), CRA issued notices of assessment against applicants for arrears of goods, services tax owing by Artisan in amount of \$550,000 — Thereafter, applicants sending CRA two notices of objection disputing assessments — Also filed objections under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA) for those assessments, appealed assessments to Tax Court of Canada— CRA collections officer emailed appeals officer concerning appeal status of applicants’ accounts — Appeals officer replying that no notices of assessment existing on RT account (referring to GST/HST payments under ETA), only for RP account (referring to payroll deductions under ITA) — Minister certified under ETA, s. 316(1) that each applicant, Artisan, were indebted for taxes under notices of assessment, where debt totalled \$616,502.43 including interest at time — Afterwards, collections officer notified that objections had been filed with CRA in April 2016 — Counsel for applicants requested that objections be “retroactively re-opened” — On April 6, 2018, certificates were registered as being filed, writ of search, seizure electronically issued to sheriff — Applicants’ counsel later advised that certificates being withdrawn — In response, applicants’ counsel indicated that since debt certified in error, CRA had to release certificates registered against applicants — Applicants’ objections eventually back-dated to April 20, 2016 — Certificates, writ, eventually withdrawn by CRA but not renounced or satisfied as applicants’ counsel requesting — CRA notifying applicants’ counsel that those procedures outdated; that withdrawal was correct course of action — Decision under review was letter dated July 2019 stating that applicants’ position that CRA must “release” certificates was incorrect, based on misapprehension of applicable law, on CRA policy that was not in effect at any time relevant to matter; that CRA had withdrawn both certificates, but would not renounce them — Decision also stating that no objection or appeal was in place when writs filed on April 6, 2018 — However, writs withdrawn when subsequently allowed objections were retroactively dated to time before filing of writs — Decision indicated that under policy that replaced 2015 Manual, renunciation of certificates only provided for in certain situations, none of which aligned with applicants’ circumstances; noted that 2015 Manual no longer in effect when CRA allowed applicants’ objections on April 17, 2018 — Accordingly, decision concluded that CRA properly followed its policy in withdrawing certificates rather than renouncing them — Stated that Minister under no legal obligation to stay collection of debt for directors’ liability assessments under ETA, s. 323(1) — Whether decision reasonable; whether decision procedurally unfair in that it failed to meet applicants’ legitimate expectations — No legal impediment existing to actions of collections officer in pursuing collection by filing certificates, registering writs — Those actions were legally supported, provided for in ETA — Once certificates were lawfully registered, as long as they remained so, it was not unreasonable for CRA to have sought writs to realize collection of debt — CRA not legally required under ETA to withdraw certificates on January 29, 2019 — This voluntary administrative action by CRA to impose collection restrictions when none were legally required was fact that occurred approximately six months after collection activities had begun — Did not support finding that decision incoherent or was otherwise unreasonable regarding filing of certificates or subsequent withdrawal, rather than renunciation of, certificates — Relevant legal provisions in ETA are empowering, not constraining — Found both in ss. 315, 316 — Together these provisions of ETA legally justify, support collection activities that were undertaken, withdrawal of certificates — CRA officers not negligent; errors, omissions not appearing on face of record — Officers reasonably relied on information on file in records system when they processed collection activities; they acted diligently, were not negligent in so doing — Applicants bearing onus of proving their arguments on balance of probabilities — Applicants not establishing that decision followed internally inconsistent chain of reasoning that could not be justified in light of relevant legal, factual constraints — To contrary, provisions of ETA, related case law fully supporting decision — CRA not required to follow 2015 Manual, renounce certificates — 2015 Manual is

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

administrative policy, reflecting CRA policy at point in time — Eighteen months after 2016 Directive issued, CRA making decision to backdate objections — Applicants not providing any authority to support their claim that original 2015 Manual ought to govern process used to release certificates rather than process in existence at time decision was made to retroactively date objections — 2015 Manual not binding law; as originally written, part applicants wishing to rely upon has been replaced; was out-of-date — Thus, CRA reasonably determined to withdraw certificates as underlying debt not satisfied — Neither 2015 Manual nor 2016 Directive binding — Regarding applicants' legitimate expectation that certificate would be released, no evidence provided that CRA applying policies so consistently that legitimate expectation would arise — As CRA stated, internal policy that was rescinded at time that certificates were filed is not representation that is sufficiently precise to constitute binding contractual obligation — As such, legitimate expectation not arising here — Moreover, important limit on such doctrine is that it cannot give rise to substantive rights — Court may only grant appropriate procedural remedies to respond to legitimate expectation — Order of mandamus requiring that Minister file renunciation of certificate not needed in present case — Therefore, decision reasonable, not procedurally unfair — Applications dismissed.

LIBICZ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1367-19, T-1368-19, 2021 FC 693, Elliott J., reasons for judgment dated June 30, 2021, 30 pp.)

ETHICS

Judicial review of Conflict of Interest and Ethics Commissioner's decision rendered in *Trudeau II Report 2019* (Report) concluding no reasonable grounds existing to pursue concurrent examinations of eight public office holders who acted under direction or authority of Prime Minister — Commissioner, on his own initiative pursuant to *Conflict of Interest Act*, S.C. 2006, c. 9 (Act), s. 45(1), commenced investigation in relation to allegations of undue influence exercised upon then Attorney General of Canada, Honourable Jody Wilson-Raybould to halt criminal prosecution involving SNC-Lavalin — Applicant submitted that Commissioner fettered his discretion, unreasonably refused to exercise his jurisdiction under Act — Applicant argued that Commissioner ought to have applied Act, s. 9 to actions of eight public office holders involved in this attempt to influence Attorney General — Requesting order quashing part of Report concerning Commissioner's refusal to exercise his jurisdiction over eight public office holders — On February 4, 2019, *Globe and Mail* reported that officials in Prime Minister's Office had pressured Minister of Justice/Attorney General of Canada, to instruct Prosecution Service to negotiate remediation agreement with SNC-Lavalin — Applicant then sent petition to Commissioner requesting examination into members of Prime Minister's Office for trying to influence Attorney General in violation of several sections of Act, including s. 9 — Petition also asked Commissioner to recuse himself — Commissioner answered that he had already started examination into matter — Applicant then sent another petition requesting that everyone named by Attorney General in her testimony before House of Commons Standing Committee on Justice be examined — Former Member of Parliament Elizabeth May (MP May) also requested that these individuals be examined by Commissioner — Commissioner asked that she list specifically whom she wanted investigated — MP May provided list containing names of eight public office holders — Commissioner later issuing report — Commissioner, because he had reason to believe that possible contravention of s. 9 had occurred, commenced examination under s. 45(1) — Wrote to Prime Minister of Canada, Right Honourable Justin Trudeau, to inform him that he was initiating examination of his conduct — Commissioner's office received documentation from witnesses, conducted interviews with some of those witnesses — Commissioner found that, as Prime Minister, Mr. Trudeau was only public office holder who, by virtue of his position, could clearly exert influence over Attorney General — Found that individuals who acted under direction or authority of Prime Minister in this matter, as well as those who were involved in this matter on behalf of other ministers, could not have influenced Attorney General simply by virtue of their position — Therefore, he found no reasonable grounds to pursue concurrent examinations of their conduct, no reason to believe that they may have breached Act — Applicant submitted that Commissioner's decision to apply s. 9 to Prime Minister only, not to other eight public office holders, was failure to properly exercise his jurisdiction under Act, rendering Report unreasonable — Applicant not directly affected by issues it raised in present application — Three questions had to be answered before Court could consider, in particular, merits of present application for judicial review — Issues: whether there was reasonable apprehension of bias on Commissioner's part; whether matter justiciable; whether applicant should be granted public interest standing — Applicant put forward same arguments of bias it made before Federal Court in *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1290, in which appointment of Commissioner challenged — Application in that case dismissed in entirety; Federal Court found that consultation process to appoint current Commissioner met statutory requirements provided in *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1; that appointment process reasonable — Decision affirmed by Federal Court of Appeal (2020 FCA 28), leave to appeal to Supreme Court of Canada dismissed — Commissioner not erring when he refused to recuse himself — No reason to depart from Federal Court of Appeal's previous conclusion — Further, Act provides that Commissioner will examine possible contraventions by "public

ETHICS—Concluded

office holders”, which includes members of ministerial staff, ministers of Crown — Therefore, examination of members of Governor in Council contemplated — No circumstances set out in *Act* in which Commissioner would be required to recuse himself — Regime established in *Act* by Parliament contemplating that Commissioner may examine complaints against members of Governor in Council — Applicant’s submissions could not stand — If conduct attacked in application for judicial review failing to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects, there is no right to bring judicial review — Regarding application of subsection 18.1(1) of *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, while reviewable “matter” broader than “decision”, matter must nonetheless include something in respect of which remedy may be available under *Federal Courts Act*, s. 18.1(3) — Criteria to find that matter is justiciable must be applied here — Matter that fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects not reviewable — Commissioner’s decision not to commence examination of eight public office holders not reviewable matter — Report, when read as whole, not affecting legal rights, imposing legal obligations or causing prejudicial effects to eight public office holders at issue — Report clearly concerned investigation of Mr. Trudeau’s conduct, through his own actions or those of his agents — Commissioner found that evidence showed that Mr. Trudeau knowingly sought to influence Attorney General both directly, through actions of his agents — Therefore, it could not be said that Commissioner was permitting potential wrongdoing to go unpunished or to cause harm to public confidence given finding that wrongdoing emanated from Mr. Trudeau, through actions of his agents — Concerning prejudicial effect, question here was whether decision not to investigate caused prejudicial effects, not whether investigation would cause prejudicial effects to office holders — Therefore, issue raised in this application not justiciable because not affecting rights, imposing legal obligations or causing prejudicial effects — Application dismissed.

DEMOCRACY WATCH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-331-19, 2021 FCA 133, Rivoalen J.A., reasons for judgment dated July 5, 2021, 17 pp.)

INCOME TAX**PRACTICE**

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) order (2018 TCC 55) varying its judgment in first matter involving respondent’s appeal of Minister of National Revenue’s assessment of respondent’s income tax for certain taxation years — Appellant sought enhanced costs for proceedings in Tax Court because of settlement offer it made that was not accepted — Appeal involving two overlapping matters with common issue as to validity, appropriateness of costs T.C.C. awarded for proceedings therein — In first matter, when respondent appealed Minister’s assessment of income tax for certain taxation years, respondent succeeded in T.C.C.; received costs on usual scale for those proceedings — Appellant appealed to Federal Court of Appeal, succeeded therein, received costs on usual scale for, among other things, proceedings in T.C.C. — Respondent appealed to Supreme Court but appeal dismissed with costs — As result, Federal Court of Appeal’s decision concerning costs for proceedings in T.C.C. left undisturbed — Second matter arising after respondent’s success in T.C.C. in first matter but before Federal Court of Appeal heard appellant’s appeal — Respondent brought motion in T.C.C. to vary T.C.C.’s costs award; sought enhanced costs for proceedings in T.C.C. because of settlement offer respondent made — T.C.C. granted respondent’s motion, varied its judgment in first matter — Whether T.C.C.’s awarding of costs for proceedings therein valid, appropriate — When Supreme Court determined first matter, dismissing respondent’s appeal, *res judicata* triggered — Under that doctrine, entitlement to relief that has been finally determined cannot be relitigated by same parties in another proceeding — Entitlement for costs in proceedings in T.C.C. raised, decided in first matter — Cannot be relitigated in second matter — Appeal presently before Federal Court of Appeal representing impermissible collateral attack against Supreme Court’s judgment dealing with that issue — Supreme Court dismissed appeal from judgment of Federal Court of Appeal, leaving Federal Court of Appeal’s judgment to stand—including its award of costs for proceedings in T.C.C. — T.C.C.’s order in second matter wholly contingent on order it made in first matter — Rule that authorized order in second matter found in *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a (Rules), s. 147(7) — Under s. 147(7), T.C.C. having power to give directions to taxing officer concerning costs order already made by T.C.C. or to reconsider that costs order — When Federal Court of Appeal issued judgment allowing appellant’s appeal, setting aside T.C.C.’s judgment (including its costs award), entire basis for Rules, s. 147(7) order in second matter fell away, with result that order no longer had legal effect — Thus, Federal Court of Appeal’s judgment rendering both T.C.C.’s judgment (including its costs award), s. 147(7) order nullity — To have appeal from order, there must be an order — Because s. 147(7) order (order of T.C.C. in second matter) nullified, appeal from that order also becoming nullity — Thus, appeal that can be prosecuted in Federal Court of Appeal no longer existing — While this sufficient to explain why appellant’s appeal had to be dismissed, law concerning orders, judgments, their effect reviewed — Appellant’s argument that enhanced costs not argued in appeal in Federal Court of Appeal, that free to argue now rejected since ignoring that doctrines against relitigation applying to arguments

INCOME TAX—Concluded

that could have been raised as well as those that were actually raised; otherwise, would be no end of litigation — “Costs”, “enhanced costs” not separate issues — When court awarding costs, understood to be deciding issue of entitlement to costs fully, finally, subject only to narrow exceptions under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 — When Federal Court of Appeal staying appeal in second matter on parties’ consent, pending resolution of first matter, Court not agreeing, advising or condoning that appeal somehow immunized against *res judicata* — Also, too late for appellant to avail itself of mechanism of *Federal Courts Rules*, r. 403 since appellant not moving under that rule; failed to ask for extension of time under *Federal Courts Rules*, r. 8 to do so; regardless, extension of time would not be granted — Finally, insurmountable problem remaining even if appellant’s submissions accepted since order appealed from in second matter (order which was subject of appeal herein) no longer existing — *Under Federal Courts Rules*, r. 3, Court can act to promote, enforce, vindicate certain prized values of our litigation system such as efficiency, judicial economy, finality — While issues of *res judicata*, finality usually raised by party, Federal Court of Appeal can raise issue in circumstances such as present case — “Fairness” not exception to principle of finality of judgments that applies in this case — Fairness relevant to other doctrines against relitigation such as issue estoppel, abuse of process; but present case not one of either of these — Appeal in first matter determining appeal in second matter — Both parties should have informed Federal Court of Appeal in first matter about existence of second matter — Appeal dismissed.

CANADA V. MACDONALD (A-118-18, 2021 FCA 6, Stratas J.A., reasons for judgment dated January 19, 2021, 13 pp.)

PATENTS

Appeal from Federal Court decision (2019 FC 1355) granting application by respondents pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (Regulations), s. 6(1) — Decision prohibiting Minister of Health from granting marketing authorization (notice of compliance, or NOC) to appellant for its APO-ABIRATERONE product — APO-ABIRATERONE appellant’s version of respondents’ drug product marketed under name ZYTIGA, listed as Canadian Patent no. 2,661,422 ('422 patent) — Appellant required to address '422 patent before obtaining NOC for APO-ABIRATERONE — Alleging that '422 patent invalid for lack of patentable subject matter, obviousness, inutility — Federal Court finding in favour of respondents on all of these issues — Second decision following amendments to Regulations finding '422 patent invalid for obviousness — Minister issuing NOC for APO-ABIRATERONE — Since decision under appeal merely prohibiting Minister from doing so, present appeal moot — However, appellant noting Court’s decision herein relevant to its right under Regulations, s. 8 to make claim against respondents for losses appellant suffered because of delay in obtaining NOC — Appellant noting correctly that invention obvious if person of ordinary skill in art finding it obvious to try, that being more or less self-evident that what is being tried ought to work merely factor to be considered, not requirement — This point addressed in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 FCA 30, 316 A.C.W.S. (3d) 537 — Court noting in *Hospira* that, whereas being “more or less self-evident to try to obtain the invention” requirement for obviousness to try, being “more or less self-evident that what is being tried ought to work” (per *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265) not requirement but merely factor to be considered — Appellant arguing Federal Court making same error in present case as it did in *Hospira* regarding obviousness to try test — Whether Federal Court making reviewable error in its obviousness to try analysis — Federal Court not erring — Case herein distinguishable from *Hospira* — In *Hospira*, Federal Court treating “more or less self-evident that what is being tried ought to work” as requirement, its consideration of at least one of other factors inadequate — Here, Federal Court considering each of factors relevant to obviousness to try, reaching conclusion based on that consideration — Federal Court can be forgiven for its lack of clarity as to whether “more or less self-evident that it ought to work” should be considered factor in obviousness to try analysis, or requirement — Supreme Court itself giving mixed signals on this point — Court here maintaining view that “more or less self-evident that it ought to work” should be treated as factor in obviousness to try analysis, not as requirement — This appearing to be more consistent with Supreme Court’s intention — Federal Court not erring in its analysis of patentable subject matter, inutility, infringement — Appeal dismissed.

APOTEX INC. V. JANSSEN INC. (A-437-19, 2021 FCA 45, Locke J.A., reasons for judgment dated March 4, 2021, 24 pp.)

PRACTICE**APPLICATIONS**

Motion under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 51 to appeal Prothonotary’s order dismissing applicants’ motion for order for production of documents (requested records) under rr. 317, 318 — Prothonotary dismissing applicants’ motion upon concluding that r. 317 not applying to *de novo* reviews conducted pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1

PRACTICE—Continued

— Applicants contending that due to novel nature of some of legal issues raised in underlying application, including argument regarding constitutional division of powers, it is in interests of administration of justice that they be provided access to requested records — Applicants each served respondent with request for material in possession of Tribunal pursuant to r. 317 — Such requests for material sought disclosure of number of documents relevant to each of their applications, brought pursuant to Act, s. 44 — Those documents had not been produced to applicants, were allegedly before Chief of the Access to Information and Privacy Division of Health Canada when she decided to release certain records (records) in response to specific access to information request (ATI request) — Later, respondent informed all parties of its objection to requests for material, pursuant to Rules, r. 318(2) — Applicants subsequently brought motion for order for production of requested records pursuant to r. 318 but motion dismissed — Whether Prothonotary erred in concluding that r. 317 not applying to Act, s. 44 review in circumstances. — In decision, Prothonotary concluded “untenable” that s. 44 review constituted application for judicial review because *de novo* review is not, according to established case law, judicial review — Applicants asserting that even though s. 44 review is *de novo* review, clear that administrative decision maker’s decision is under review — Prothonotary relied upon *Philippe Nolin v. Attorney General of Canada*, (20 November 2015), Ottawa, Docket: T-1749-14 (FC) holding that r. 317 not applying to applications brought pursuant to Act, s. 41 — However, applicants right in contending *Nolin* internally inconsistent decision — *Nolin* case distinguishable from present appeal — S. 41 review permitting individuals seeking disclosure of records to bring matter before Court for review whereas s. 44 review permitting third parties affected by access to information requests to seek remedy from courts — Fact scenario implicit in s. 41 review providing compelling reasons to find that r. 317 not applying — However, under s. 44 review, no similar considerations militating in favour of conclusion that r. 317 not applying — *Nolin* decision silent on that issue — Decision of Health Canada under review in present appeal — R. 317 designed to obtain materials from tribunal in cases of judicial review of its decision — S. 44 review is judicial review — Nothing in r. 317 indicating that its application is limited to applications brought pursuant to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 — Had Parliament intended same, it could easily have done so — Moreover, as matter of public policy, would be wrong to conclude that r. 317 not applicable to *de novo* review — Respondent in possession of evidence which applicants wishing to adduce — To insulate respondent from disclosure of such evidence would unfairly disadvantage applicants, would immunize respondent from effective review on basis of content of requested records — Prothonotary erred in concluding that r. 317 not applying to *de novo* judicial review under Act, s. 44 — Was in interests of administration of justice that requested records be produced — Without access to all relevant information, applicants prejudiced — Because no document production in s. 44 review, applicants requiring access to r. 317 in order to effectively review impugned decision — Matter referred back to Prothonotary with direction — Appeal allowed.

PREVENTOUS COLLABORATIVE HEALTH V. CANADA (HEALTH) (T-189-19, T-190-19, T-191-19, 2021 FC 253, Bell J., reasons for order dated March 25, 2021, 16 pp.)

COSTS

Security for costs — Motion by respondent for security for costs pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 416(1)(f) both for appeal, action in which respondent successfully defended appellant’s claim for patent infringement — R. 416(1)(f), read together with r. 415 authorizing Court to order appellant to give security for respondent’s costs where “the [respondent] has an order against the [appellant] for costs in the same or another proceeding that remain unpaid in whole or in part.” — Trial judge awarding respondent its costs (2021 FC 85) — Assessment not yet carried out — Respondent alleging, *inter alia*, that appellant seeking to make himself judgment-proof by transferring his interest in matrimonial home to his wife — Appellant opposing motion primarily on basis that prerequisite for r. 416(1)(f) to apply not yet met, i.e. at this stage no order against appellant for costs remaining unpaid in whole or in part — Whether order can be made under r. 416(1)(f) before costs said to be unpaid have been assessed — Appellant’s position more consistent with distinction drawn in Rules between orders for costs, directions to assessment officer — Court directions under rr. 400, 403 may be set out in an order or judgment — Until assessment officer completes assessment in accordance with trial judge’s directions, costs not payable — Security for costs regime having to operate fairly for all parties involved — Motion dismissed.

BETSER-ZILEVITCH V. PETROCHINA CANADA LTD. (A-57-21, 2021 FCA 76, Laskin J.A., reasons for order dated April 15, 2021, 8 pp.)

PRACTICE—Concluded**PARTIES***Intervention*

Application for leave to intervene in appeal from Federal Court decision (2019 FC 950) dismissing judicial review application of refusal of Public Sector Integrity Commissioner to investigate allegations that officials in Canadian Embassy in Mexico City failed to follow Government of Canada policies applicable to protection of human rights advocates, failed to report act of corruption in timely manner — Commissioner found that these were not “wrongdoings” under *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46, ss. 8(d),(e), 33(1). — In 2007, Canadian mining company, Blackfire Exploration Ltd., opened barite mine in Chiapas, Mexico — Mine met with local opposition, demonstrations in front of Canadian Embassy in Mexico City, blockade of transportation route to mine — In 2009, leader of opposition movement, Mr. Abarca, arrested, held without charges for eight days — Appellants asserting that in 2009, shortly following complaint to police by Mr. Abarca that two employees of Blackfire had made death threats to him, Mr. Abarca murdered — At issue before Commissioner was whether Embassy’s actions, inactions in assisting Blackfire navigate political, social opposition to mine, in liaising between Blackfire, local, state, national governments in respect of regulatory requirements, conformed to Government of Canada policies in relation to adherence to customary international law, Canada’s stated policy to advance, protect human rights — Appellants arguing that these actions or inactions contributed to danger faced by Mr. Abarca — Second allegation concerned whether Embassy reported act of corruption in timely manner — Respondent consenting to leave to intervene motion of intervener Canadian Lawyers for International Human Rights, International Justice and Human Rights Clinic (CLIHR/IJHRC), Amnesty International; opposing motion by Canadian Centre for Free Expression at Ryerson University (CFE), arguing it has not satisfied test for intervention under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 109 — Whether motions should be granted — Party cannot “consent” to motion for leave to intervene: it can support, oppose or it can take no position — Parties can only “consent” to procedural matters such as delay in completing procedural step that would work to its advantage — Question whether intervention should be allowed is substantive; consent of party irrelevant — Court must be satisfied that intervention is in overall best interests of justice — If respondent of view that motions ought to be granted, he should say so, explain in summary way why that is so — In motion under r. 109(2)(b), party to explain how it wishes to participate in proceeding, how that participation will assist determination of factual or legal issue related to proceeding; Court then assessing, weighing these submissions against specific factors articulated in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 74 (T.D.), affirmed [1990] 1 F.C. 90 (C.A.), 103 N.R. 391 — Such factors include whether proposed intervener directly affected by outcome; existence of justiciable issue, veritable public interest — Not all factors need be present; some may weigh more heavily than others — Criteria not prescriptive — Over-arching test whether Court will be better served in its consideration of issues with which it has to grapple by intervener’s presence — Turning to *Rothmans* factors, none of parties here “directly affected” in that they have same level of “direct interest” entity or person with full party status would typically have — However, that is not barrier — In asserting genuine interest, there must be link between issue to be decided, mandate, objectives of party seeking to intervene — Source of genuine interest must be identified; should be clear from submissions what animates intervention — In asserting genuine interest, intervener must demonstrate more than “jurisprudential” motivation — Here, proposed interveners have, through supporting affidavits, established historical record of engagement in different facets of legal issues before Court — Critical question whether intervener will bring further, different, valuable perspectives to Court that will assist in determining matter — Assistance can take many forms — In this case, interveners’ submissions drawing on their understanding of international law (customary, treaty), its role in interpretation of domestic legislation — Focus of CFE is different—its interest is in substance, scope of Act — Proposed intervener’s motion will be dismissed if their submissions substantially duplicate those already made by parties or not sufficiently distinct; however, not case here — Court addressing particular facts, circumstances of case in respect of which intervention sought — In present instance, no specific facts weighing against either Amnesty International, CLIHR/IJHRC or CFE — Court satisfied that proposed interveners demonstrated that they have genuine interest in matter before Court, that proposed submissions not duplicated by either party, that it would be in interests of justice to grant them intervener status — Also, not case where interventions seek to engage Court in merits of policy talk despite that interventions arising in context of broader policy question of Canada’s role in relation to advancement of human rights abroad — All focussing on proper interpretation of statute; arguments not bringing geo-political considerations to table — Motions granted.

GORDILLO V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-290-19, 2020 FCA 198, Rennie, J.A., reasons for order dated November 16, 2020, 12 pp.)

TRADEMARKS

REGISTRATION

Appeal from Registrar of Trademarks decision (2019 TMOB 94) refusing in part applicant's application to register trademark WISER — Trademark WISER used in association with a variety of goods, services including electric apparatus, electric installations, electrical energy management, building management — Respondent opposing applicant's application — Registered owner of number of word, design trademarks incorporating name WEISER — These including, materially for purposes of present appeal, trademark registration TMA129,747 for trademark WEISER for use in association with variety of lock, door hardware goods ('747 registration) — In 2013, respondent filing application to amend '747 registration to add series of new goods — Raising grounds of opposition in its Statement of Opposition including confusion, distinctiveness pursuant to *Trademarks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 12(1)(d) — Registrar noting amendments to '747 Registration — Concluding should consider '747 Registration as amended — Considering elements of test for confusion set out in Act, s. 6(5) — Finding that applicant's WISER trademark confusing with WEISER trademark with respect to household controller goods — Relying on inclusion of electronic, keyless locks, which only appear in amendments, in finding indirect overlap with household controller goods — This leading Registrar to allow opposition, refuse application with respect to household controller goods based on registrability ground of opposition — Registrar reaching same result on distinctiveness ground of opposition — Whether Registrar erring in basing its conclusion that applicant's trademark unregistrable on respondent's extended trademark registration even though respondent did not amend its statement of opposition after application to extend trademark matured to registration — Registrar not erring in considering '747 registration as amended — Principle in *Ferrero SpA v. Cantarella Bros Pty Limited*, 2012 TMOB 45 relating to situation where opponent's trademark application maturing to registration after statement of opposition filed — In such cases, Trademarks Opposition Board (TMOB) holding that opponent cannot rely on such registrations for registrability ground under Act, ss. 38(2)(b), 12(1)(d) unless statement of opposition amended to refer to them, even if application cited in statement of opposition (*Ferrero* rule) — *Ferrero* rule not applying herein — Amendment of '747 registration not resulting in new ground of opposition, as both statutory ground, trademark in question identified in statement of opposition — Changing factors in confusion analysis — Situation not changing because respondent's statement of opposition provided additional detail by including column in its chart listing goods, services in identified registrations — Open to Registrar to verify status of '747 registration at date of hearing — Material date for registrability ground of opposition was date of decision — Registrar's discretion to verify status of registration not limited to "one-way" verification in which registration cannot be broader than at time of statement of opposition — *Ferrero* rule designed to recognize that statement of opposition must set out grounds of opposition with sufficient detail to allow applicant to respond, that opposition limited to grounds identified in statement of opposition — As no new ground of opposition raised, no concern about fairness to applicant, *Ferrero* rule not applying — Registrar entitled to consider issue of confusion based on '747 registration as it stood at date of decision based on statement of opposition as filed — Appeal dismissed.

SCHNEIDER ELECTRIC INDUSTRIES SAS v. SPECTRUM BRANDS, INC. (T-1906-19, 2021 FC 518, McHaffie J., reasons for judgment dated June 1, 2021, 25 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

BREVETS

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 1355), qui a accueilli une demande des intimées en application de l'art. 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement) — Le jugement interdisait au ministre de la Santé d'accorder une autorisation de mise en marché (un avis de conformité ou un AC) à l'appelante pour son produit APO-ABIRATERONE — APO-ABIRATERONE est la version de l'appelante d'un produit pharmaceutique commercialisé par les intimées sous le nom de ZYTIGA, inscrit comme étant le brevet canadien n° 2 661 422 (le brevet '422) — L'appelante devait tenir compte du brevet '422 avant d'obtenir un AC pour le produit APO-ABIRATERONE — Elle a allégué que le brevet '422 était non valide pour cause d'objet non brevetable, d'évidence et d'absence d'utilité — La Cour fédérale s'est prononcée en faveur des intimées sur toutes ces questions en litige — Une deuxième décision rendue à la suite des modifications apportées au Règlement a conclu que le brevet '422 était non valide pour cause d'évidence — Le ministre a délivré un AC pour le produit APO-ABIRATERONE — Puisque la décision faisant l'objet du présent appel n'a fait qu'interdire au ministre de le faire, le présent appel est devenu théorique — Toutefois, l'appelante a souligné que la décision de la Cour pourrait être pertinente quant à son droit, en vertu de l'art. 8 du Règlement, de présenter une demande d'indemnisation à l'égard des intimées pour les pertes subies en raison du retard encouru pour l'obtention de son AC — L'appelante a fait remarquer à juste titre qu'une invention est évidente si la personne versée dans l'art avait conclu qu'elle résulte d'un essai allant de soi, et que la notion voulant qu'il soit plus ou moins évident que l'essai sera fructueux est traitée comme un simple facteur à prendre en considération, et non comme une exigence — La question a été soulevée dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30 — La Cour a mentionné dans l'arrêt *Hospira* que, tandis qu'aller « plus ou moins de soi de tenter d'arriver à l'invention » est une exigence pour l'essai allant de soi, être « plus ou moins évident que l'essai sera fructueux » (voir *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265) n'est pas une exigence, mais simplement un facteur à prendre en considération — L'appelante a soutenu que la Cour fédérale a commis la même erreur en l'espèce que dans l'arrêt *Hospira* en ce qui concerne le critère de l'essai allant de soi — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur susceptible de contrôle dans son analyse de l'essai allant de soi — La Cour n'a pas commis d'erreur — Le présent litige se distingue de la décision *Hospira* — Dans cette dernière décision, la Cour fédérale a considéré « plus ou moins évident que l'essai ser[ait] fructueux » comme une exigence, et son examen d'au moins un des autres facteurs a été inadéquat — En l'espèce, la Cour fédérale a examiné chacun des facteurs pertinents à l'essai allant de soi et est arrivée à une conclusion fondée sur cette considération — La Cour fédérale peut être pardonnée pour son manque de clarté quant à savoir si l'expression « plus ou moins évident que [l'essai serait fructueux] » devrait être considérée comme un facteur ou une exigence dans l'analyse de l'essai allant de soi — La Cour suprême elle-même a donné des signaux contradictoires sur ce point — La Cour dans la présente affaire a déclaré que l'expression « plus ou moins évident que [l'essai serait fructueux] » devrait être considérée comme un facteur dans l'analyse de l'essai allant de soi, et non comme une exigence — Cela semble être plus conforme à l'intention de la Cour suprême — Il n'y avait aucune erreur dans l'analyse de l'objet brevetable, de l'absence d'utilité et de la contrefaçon de la Cour fédérale — Appel rejeté.

APOTEX INC. C. JANSSEN INC. (A-437-19, 2021 CAF 45, juge Locke, J.C.A., motifs du jugement en date du 4 mars 2021, 24 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a décliné d'accorder l'appel de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) — La demanderesse est une citoyenne du Tchad qui a présenté une demande d'asile au Canada; elle était accompagnée de ses deux filles qui sont des citoyennes de la Grande-Bretagne — Au Tchad, la demanderesse était membre de la Coordination des associations de la société civile et de défense des droits de l'homme (CASCIDHO) depuis 2009 où elle dit avoir été impliquée dans la défense des droits de la femme — Elle a dit être constamment menacée et craindre pour sa vie dans son pays d'origine, mais la preuve à l'appui était mince — En sa qualité de coordonnatrice de la CASCIDHO, la demanderesse a travaillé à la mobilisation et à la conscientisation des femmes; son action était axée sur le mariage précoce et l'excision des filles — Elle a soutenu qu'elle avait projeté un film sur l'excision dans l'enceinte de l'école du quartier et que, durant cette projection, des policiers étaient intervenus — La demanderesse a dit avoir été arrêtée et conduite au commissariat, où elle aurait été battue; elle a ensuite été relâchée — La demanderesse a quitté son pays après avoir reçu une convocation réclamant sa présence devant le Conseil supérieur des affaires islamiques — La décision de la SPR était courte — Dès le départ, la demande d'asile faite au nom des deux enfants de la demanderesse a été rejetée étant donné que celles-ci, étant citoyennes de Grande-Bretagne, n'avaient aucune revendication contre leur pays de citoyenneté — Quant à la demande faite par la demanderesse, elle n'était pas crédible selon la SPR — Il a été noté que deux convocations auprès du Conseil supérieur des affaires islamiques ont été faites, la seconde étant envoyée aux fins d'une convocation plus d'une année après le départ du Tchad par la demanderesse — Pour la SPR, il s'agissait là de deux convocations de complaisance — La SPR a constaté que ni l'une ni l'autre des convocations n'indiquaient la mention « madame », ce qui, a dit la SPR, était contraire à ce que l'on voit habituellement venant du Tchad — La SPR a aussi reproché à la demanderesse d'être restée aux États-Unis pendant quatre jours après son départ du Tchad sans pour autant demander l'asile — La demanderesse a soutenu que la SAR devait entendre les appels *de novo* et qu'elle devait analyser la preuve qui lui était présentée et tirer ses propres conclusions — Après avoir pris en considération la preuve et effectué sa propre évaluation indépendante de la preuve au dossier, y compris l'écoute de l'enregistrement, la SAR a conclu que la décision de la SPR était correcte, mais pour d'autres motifs — La SAR a dit être d'accord avec la SPR que les divergences et contradictions sur les avis de convocation, quoique pouvant sembler insignifiantes lorsque prises à la pièce, constituaient, lorsque prises ensemble, des éléments pour appuyer la conclusion d'un manque de crédibilité — La SAR a aussi relevé d'autres éléments qui ont semblé la conforter dans sa conclusion; ainsi, le film qui avait été projeté n'était pas illégal ni interdit de projection; la demanderesse n'a pu expliquer pourquoi la police l'aurait arrêtée en de pareilles circonstances; elle n'a pas plus expliqué sa peur du Conseil des affaires islamiques — Cela a fait conclure à la SAR qu'il n'a pas été établi par la demanderesse une possibilité sérieuse de persécution au Tchad — Au titre de l'équité procédurale, la demanderesse a fait valoir que la SAR avait considéré un nouveau motif du fait que les éléments supplémentaires sur lesquels s'est reposée la SAR au sujet de la crédibilité de la demande d'asile n'avaient pas fait l'objet d'une décision de la part de la SPR — La demanderesse s'est plainte à la SAR que les conclusions tirées par la SPR ne reposaient que sur des faits secondaires; il aurait fallu demander des soumissions additionnelles avant de rendre la décision à l'étude si de nouveaux éléments devaient être considérés alors qu'ils ne l'avaient pas été par la SPR — Examinant davantage cette question de la crédibilité, la SAR a fait ses propres constatations et relevé les irrégularités — De plus, d'autres éléments non avancés par la SPR sont ressortis de son écoute de l'enregistrement de l'audience — Il s'agissait de savoir si la décision de la SAR était conforme à l'équité procédurale — Suivant le principe établi, si une nouvelle question est soulevée en appel devant la SAR, il y a lieu de notifier le demandeur — La demanderesse a fait valoir que de nouveaux éléments utilisés par la SAR pour traiter de la crédibilité de la demanderesse requéraient qu'avis soit fourni pour permettre à la demanderesse de présenter ses observations — Une nuance a été apportée en ce que la décision de la SAR était dans la continuité des faits dont avait traité la SPR — La question au sujet de constatations à être faites par la SAR sur la crédibilité d'un demandeur n'était donc pas sans nuance — La jurisprudence de la Cour fédérale n'est pas monolithique et les faits continuent d'être importants — Il se peut que, dans une affaire donnée, la crédibilité d'une demanderesse prenne une autre couleur, que celle-ci ressemble davantage à une nouvelle question qui requiert non pas une nouvelle audition, mais plutôt que la demanderesse puisse fournir ses observations — La décision dans *Kwakwa c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 600 méritait qu'on s'y arrête — Un examen de la jurisprudence récente de la Cour fédérale montre que, comme il est écrit dans *Kwakwa*, il y a une ligne fine (et parfois floue) entre des situations où la SAR soulève et aborde une « nouvelle question » et celles où elle fait simplement référence à un autre élément de preuve au dossier pour étayer une conclusion déjà existante de la SPR concernant une évaluation factuelle ou une question de crédibilité — Le cas d'espèce illustre bien cette proposition — La SPR a rendu sa décision sur une base très étroite : l'avis de convocation du Conseil supérieur des affaires islamiques et une période de quatre jours aux États-Unis avant de venir au Canada où la demande d'asile a été faite — En appel, la demanderesse s'est plainte que la décision de la SPR était

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

basée sur des faits secondaires et non concluants et non suffisants pour rejeter la prépondérance de son témoignage sous serment — La SAR est allée chercher d'autres éléments au dossier — La ligne fine et floue de *Kwakwa* a été franchie dans la présente affaire — Les questions soulevées par la SAR étaient sensiblement plus significatives que ce qui avait été soulevé par la SPR — La demanderesse a fait valoir en appel que la SPR ne pouvait conclure comme elle l'a fait sur des bases aussi ténues; cela a trouvé écho auprès de la SAR, qui a relevé plusieurs éléments supplémentaires pour étayer sa conclusion, éléments qu'elle a considérés comme étant probants sans avoir le bénéfice des observations de la demanderesse — En fin de compte, la décision était bien différente, allant plus loin dans l'explication, ce qui pourrait rendre une décision raisonnable au sens de *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 — Alors que la demanderesse a fondé son appel sur l'insuffisance de la justification pour conclure, la SAR a identifié des éléments ignorés par la SPR pour conclure — Mais il s'agissait là d'une décision différente, prenant en compte des éléments ignorés par la SPR — S'il ne s'agissait ici que d'étayer la conclusion de la SPR, il ne serait pas nécessaire de recueillir les observations de la demanderesse — C'est que la base sur laquelle la SPR a conclu sur la question de la crédibilité était tellement tenue (cela était la base même de l'appel) que, dans les circonstances de l'espèce, l'intervention de la SAR constituait un nouveau raisonnement — Tout nouveau raisonnement en matière de crédibilité ne peut être considéré sans en donner avis à une personne qui recherche le statut de réfugié ou de personne à protéger — La décision de la SPR était très mince, se concentrant pratiquement exclusivement sur l'avis de convocation jugé déficient; la SAR a considéré d'autres éléments qui, proportionnellement, étaient mieux élaborés et plus nombreux, ayant un meilleur poids — La résolution de la présente affaire est largement fonction des faits très particuliers de l'espèce — Lorsqu'est juxtaposée la décision de la SAR sur celle de la SPR, la SAR a essentiellement décidé sur la base d'une question nouvelle sur laquelle l'appel ne portait pas — Il serait plus prudent que la SAR effectue une nouvelle détermination de l'appel de la décision de la SPR — Si la SAR croit que la question de crédibilité soulevée par la SPR et au sujet de laquelle l'appel a été lancé requiert son examen plus complet de la preuve au dossier, elle devrait considérer donner un avis à la demanderesse pour que celle-ci puisse offrir ses observations et commentaires — Étant donné la conclusion sur l'atteinte à l'équité procédurale, il n'était ni nécessaire ni approprié de considérer si la décision de la SAR était raisonnable — Demande accueillie

BOUCHRA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-7563-19, 2020 CF 1063, juge Roy, motifs du jugement en date du 17 novembre 2020, 22 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Application et exécution — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) de retirer temporairement, plutôt que d'y renoncer de façon permanente, deux certificats qu'elle a déposés devant la Cour fédérale afin de prendre des mesures de recouvrement contre les demandeurs en leur qualité d'administrateurs d'Artisan Homes Inc. (Artisan) pour des arriérés de taxe sur les produits et services (TPS) dus par Artisan — Le principal argument des demandeurs était que la mesure prise par l'ARC était déraisonnable en ce qu'elle contrevenait au Manuel du recouvrement national (2015-01) (*le manuel de 2015*) qui était en vigueur au moment où ils ont présenté leurs avis d'opposition à l'avis de cotisation de l'ARC, le 20 avril 2016, en vertu de l'art. 301(1.1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la LTA) — L'ARC a affirmé que le manuel de 2015 a été remplacé en novembre 2016 par une communication, dans Infozone, du directeur de la Division des recouvrements et de l'exécution de l'ARC (la directive de 2016) et que les demandeurs se sont appuyés sur des renseignements périmés — Le 17 février 2016, au titre de l'art. 323(1) de la LTA, l'ARC a émis des avis de cotisation contre les demandeurs pour les arriérés de taxe sur les produits et services, dus par Artisan, de 550 000 \$ — Les demandeurs ont par la suite envoyé à l'ARC deux avis d'opposition contestant les cotisations — Ils ont également déposé des oppositions sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la LIR) à l'égard de ces cotisations, et ont interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt — Un agent de recouvrement de l'ARC a envoyé un courriel à un agent des appels au sujet du statut d'appel des comptes des demandeurs — L'agent des appels a répondu qu'il n'y avait pas de note de cotisation associée au compte RT (qui se rapporte aux paiements de TPS/TVH sous le régime de la LTA) et que les notes de cotisation concernaient seulement le compte RP (qui se rapporte aux retenues sur la paie au titre de la LIR) — Le ministre a déclaré par certificat, en vertu de l'art. 316(1) de la LTA, que chacun des demandeurs, et Artisan, était redevable d'impôts aux termes des notes de cotisation; la dette s'élevait à 616 502,43 \$, incluant les intérêts — L'agent de recouvrement a par la suite été informé que des oppositions avaient été déposées auprès de l'ARC en avril 2016 — L'avocat des demandeurs a demandé que les oppositions soient « rouvertes rétroactivement » — Le 6 avril 2018, les certificats ont été enregistrés comme étant déposés et un bref de perquisition et de saisie a été délivré électroniquement à un shérif — L'avocat des demandeurs a plus tard été informé que les certificats allaient être retirés — En réponse, l'avocat des demandeurs a souligné que, comme la dette avait été erronément

DOUANES ET ACCISE—Fin

attestée par certificat, l'ARC devait procéder à la mainlevée des certificats enregistrées contre les demandeurs — Les oppositions des demandeurs ont finalement été antidatées au 20 avril 2016 — Les certificats et les brefs ont par la suite été retirés par l'ARC, qui n'y a toutefois pas renoncé et qu'elle n'a pas exécutés, contrairement à ce qu'avait demandé l'avocat des demandeurs — L'ARC a informé ce dernier que ces actes de procédure étaient périmés et que le retrait était la bonne façon de procéder — La décision faisant l'objet du contrôle était une lettre datée de juillet 2019 qui mentionnait que la position des demandeurs selon laquelle l'ARC devait « procéder à la mainlevée » des certificats était incorrecte et reposait sur une mauvaise interprétation du droit applicable et sur une politique de l'ARC qui n'était en vigueur à aucun moment pertinent à la présente affaire; et que l'ARC avait retiré les deux certificats, mais qu'elle n'y renoncerait pas — La décision mentionnait aussi qu'il n'y avait pas d'opposition ni d'appel lorsque les brefs ont été déposés le 6 avril 2018 — Toutefois, ces derniers ont été retirés lorsque les oppositions acceptées par la suite ont été antidatées à un moment précédant le dépôt des brefs — La décision indiquait que, aux termes de la politique qui a remplacé le manuel de 2015, la renonciation à des certificats n'était prévue que dans certaines situations, dont aucune ne correspondait à la situation des demandeurs; elle soulignait que le manuel de 2015 n'était plus en vigueur lorsque l'ARC avait accepté les oppositions des demandeurs le 17 avril 2018 — Par conséquent, la décision a conclu que l'ARC avait correctement suivi sa politique en retirant les certificats plutôt qu'en y renonçant — La décision expliquait que le ministre n'avait aucune obligation légale de surseoir au recouvrement d'une dette pour les cotisations au titre de la responsabilité des administrateurs, aux termes de l'art. 323(1) de la LTA — Il s'agissait de savoir si la décision était raisonnable et si elle était inéquitable sur le plan de la procédure en ce sens qu'elle ne répondait pas aux attentes légitimes des demandeurs — Il n'y avait pas d'obstacle juridique aux actions de l'agent de recouvrement pour procéder au recouvrement en déposant des certificats et en enregistrant des brefs — Ces mesures étaient appuyées par la loi et prévues dans la LTA — Une fois que les certificats ont été légalement enregistrés et tant qu'ils le demeuraient, il n'était pas déraisonnable pour l'ARC de solliciter des brefs pour recouvrer la dette — L'ARC n'était pas légalement tenue, sous le régime de la LTA, de retirer les certificats le 29 janvier 2019 — Cette mesure administrative volontaire de l'ARC visant à imposer des restrictions en matière de recouvrement alors qu'aucune n'était légalement requise était un fait qui s'était produit environ six mois après le début des activités de recouvrement — Elle n'appuyait pas une conclusion selon laquelle la décision était incohérente ou était par ailleurs déraisonnable en ce qui concerne le dépôt des certificats ou le retrait subséquent des certificats, plutôt que la renonciation à ceux-ci — Les dispositions législatives applicables de la LTA sont habilitantes, et non contraignantes — Elles se trouvent aux art. 315 et 316 — Ensemble, ces dispositions de la LTA justifient et appuient légalement les activités de recouvrement qui ont été entreprises et le retrait des certificats — Les agents de l'ARC n'ont pas fait preuve de négligence, et aucune erreur ou omission n'est apparue à la lecture du dossier — Les agents se sont raisonnablement appuyés sur les renseignements contenus dans le système des dossiers lorsqu'ils ont traité les activités de recouvrement; ils ont agi avec diligence et n'ont pas fait preuve de négligence à cet égard — Il incombait aux demandeurs de prouver leurs arguments selon la prépondérance des probabilités — Les demandeurs n'ont pas établi que le raisonnement de la décision était intrinsèquement incohérent et qu'il ne pouvait être justifié au regard des contraintes juridiques et factuelles pertinentes — Au contraire, les dispositions de la LTA et la jurisprudence connexe appuient pleinement la décision — L'ARC n'était pas tenue de suivre le manuel de 2015 et de renoncer aux certificats — Le manuel de 2015 est une politique administrative et reflète la politique de l'ARC à un moment précis — Dix-huit mois après la publication de la directive de 2016, l'ARC a pris la décision d'antidater les oppositions — Les demandeurs n'ont pas présenté de jurisprudence ou de doctrine pour étayer leur affirmation selon laquelle le manuel de 2015 original devrait régir le processus utilisé pour procéder à la mainlevée des certificats plutôt que le processus en place au moment où la décision d'antidater les oppositions a été prise — Le manuel de 2015 n'a pas force obligatoire et, tel qu'il a été rédigé à l'origine, la partie sur laquelle les demandeurs souhaitaient se fonder a été remplacée; elle était périmée — L'ARC a donc raisonnablement décidé de retirer les certificats, car la dette sous-jacente n'était pas acquittée — Ni le manuel de 2015 ni la directive de 2016 n'étaient contraignants — En ce qui concerne l'attente légitime des demandeurs selon laquelle il y aurait mainlevée du certificat, aucun élément de preuve ne démontraient que les politiques sont appliquées de façon si uniforme par l'ARC qu'il y aurait une attente légitime — Ainsi que l'ARC l'a affirmé, une politique interne qui avait été annulée au moment où les certificats ont été déposés n'est pas une indication suffisamment précise pour constituer une obligation contractuelle exécutoire — Ainsi, il n'y a pas eu d'attente légitime — De plus, l'impossibilité que la théorie de l'attente légitime constitue la source de droits matériels lui apporte une restriction importante — La Cour peut seulement accorder une réparation procédurale convenable pour répondre à l'attente légitime — Une ordonnance de mandamus exigeant que le ministre dépose une renonciation à un certificat n'était pas nécessaire dans la présente affaire — Par conséquent, la décision était raisonnable et elle n'était pas inéquitable sur le plan de la procédure — Demandes rejetées.

ÉTHIQUE

Contrôle judiciaire de la décision rendue par le commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, qui a affirmé dans le *Rapport Trudeau II de 2019* (le rapport) qu'il n'avait pas de motifs raisonnables de mener une étude sur huit titulaires de charge publique ayant agi sous les ordres du premier ministre — Le commissaire, de son propre chef, en vertu de l'art. 45(1) de la *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006, ch. 9 (la Loi), a ouvert une enquête relative aux allégations d'influence indue exercée sur la procureure générale du Canada de l'époque, l'honorable Jody Wilson-Raybould, ayant pour objet l'arrêt d'une poursuite criminelle impliquant SNC-Lavalin — La demanderesse a prétendu que le commissaire avait restreint son propre pouvoir discrétionnaire et refusé de manière déraisonnable d'exercer la compétence que lui confère la Loi — Elle a affirmé que le commissaire aurait dû appliquer l'art. 9 de la Loi aux activités des huit titulaires de charge publique impliqués dans cette tentative d'influencer la procureure générale — Elle a sollicité une ordonnance annulant la partie du rapport concernant le refus par le commissaire d'exercer sa compétence à l'égard des huit titulaires de charge publique — Le 4 février 2019, le *Globe and Mail* a révélé que des fonctionnaires au sein du Cabinet du premier ministre avaient exercé des pressions sur la ministre de la Justice et procureure générale du Canada, afin qu'elle donne pour instruction au Service des poursuites de négocier un accord de réparation avec SNC-Lavalin — La demanderesse a ensuite demandé au commissaire de mener une étude quant à la tentative des membres du Cabinet du premier ministre d'influencer la procureure générale qui contrevenait à plusieurs articles de la Loi, notamment l'art. 9 — Elle a sollicité également la récusation du commissaire — Le commissaire a répondu qu'il avait déjà entrepris une étude sur la question — La demanderesse a ensuite demandé que quiconque nommé par la procureure générale dans son témoignage livré devant le Comité permanent de la justice de la Chambre des communes fasse l'objet d'une étude — L'ancienne députée Elizabeth May (la députée May) a aussi demandé au commissaire de mener une étude relative à ces personnes — Le commissaire lui a demandé d'énumérer les personnes qu'elle souhaitait voir visées par une enquête — La députée May a fourni une liste énumérant les noms de huit titulaires de charge publique — Le commissaire a ensuite remis son rapport — Parce qu'il avait un motif de croire qu'il y avait eu une contravention possible à l'art. 9 de la Loi, le commissaire a entrepris une étude en application de l'art. 45(1) — Il a écrit au premier ministre du Canada, le très honorable Justin Trudeau, pour l'informer qu'il allait étudier sa conduite — Le bureau du commissaire a reçu de la documentation de la part de témoins et mené des entrevues avec certains d'entre eux — Le commissaire a conclu qu'à titre de premier ministre, M. Trudeau était le seul titulaire de charge publique qui, en raison de son poste, était en mesure d'exercer une influence sur la procureure générale — Il a conclu que les personnes qui ont agi sous la direction ou avec l'autorisation du premier ministre ainsi que toutes celles qui ont joué un rôle dans cette affaire au nom d'autres ministres n'auraient pas pu influencer la procureure générale en se servant simplement de leurs fonctions officielles — Par conséquent, il a estimé qu'il n'avait aucun motif raisonnable d'examiner leur conduite et aucune raison de croire qu'ils avaient pu contrevenir à la Loi — La demanderesse a affirmé que le commissaire, en appliquant l'art. 9 au premier ministre, et non aux huit autres titulaires de charge publique, n'avait pas exercé sa compétence conformément à la Loi, rendant le rapport déraisonnable — La demanderesse n'était pas directement touchée par les questions qu'elle a soulevées dans la présente demande — Avant que la Cour puisse examiner la demande de contrôle judiciaire au fond, elle devait répondre à trois questions — Il s'agissait de savoir s'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du commissaire; si la question était justiciable; si la demanderesse devrait se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public — La demanderesse a avancé les mêmes arguments quant à la partialité que ceux présentés à la Cour fédérale dans l'affaire *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 1290, où la nomination du commissaire a été contestée — Dans cette affaire, la Cour fédérale a rejeté la demande dans son intégralité, concluant que le processus de consultation ayant mené à la nomination du commissaire actuel avait satisfait aux exigences prévues à la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, et que le processus de nomination était raisonnable — La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision (2020 CAF 28), et la demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été rejetée — Le commissaire n'a pas commis d'erreur en refusant de se récuser — Il n'y avait aucune raison de s'écarter de la conclusion précédente de la Cour d'appel fédérale — En outre, la Loi dispose que le commissaire examine les contraventions possibles de « titulaires de charge publique », ce qui comprend les membres du personnel ministériel et les ministres — Par conséquent, la Loi permet une étude sur les membres du gouverneur en conseil — Il n'y a dans la Loi aucune situation qui obligerait le commissaire à se récuser — Le régime établi par le législateur dans la Loi prévoit la possibilité pour le commissaire d'examiner les plaintes contre les membres du gouverneur en conseil — Les arguments de la demanderesse ne pouvaient pas être retenus — Le droit à un contrôle judiciaire est subordonné à l'existence d'une conduite ayant pour effet de porter atteinte à des droits, d'imposer des obligations juridiques ou d'entraîner des effets préjudiciables — En ce qui concerne l'application de l'art. 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, même si un « objet » est plus vaste qu'une « décision », cet objet doit néanmoins être susceptible d'emporter une réparation prévue à l'art. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* — En l'espèce, les critères permettant de conclure que la question est justiciable doivent s'appliquer — Une question qui n'a pas pour effet de porter atteinte à des droits, d'imposer des obligations juridiques, ni d'entraîner des effets préjudiciables ne peut pas faire l'objet d'un contrôle — La décision du commissaire de ne pas entamer une étude relativement aux huit titulaires de charge publique n'était pas une question susceptible de contrôle — Le rapport dans son ensemble n'a pas pour effet de porter atteinte à des droits, d'imposer des obligations juridiques, ni de

ÉTHIQUE—Fin

causer des effets préjudiciables à ces huit titulaires de charge publique — Le rapport avait manifestement trait à une enquête sur la conduite de M. Trudeau que révèlent ses propres actes ou ceux de ses agents — Le commissaire a conclu que la preuve a démontré clairement que M. Trudeau a sciemment tenté d'influencer la procureure générale, directement et par l'entremise de ses agents — On ne pouvait donc pas affirmer que le commissaire a permis qu'un acte répréhensible demeure impuni ou mine la confiance du public, étant donné sa conclusion selon laquelle l'acte répréhensible était attribuable à M. Trudeau, par personnes interposées — En ce qui concerne l'effet préjudiciable, la question en l'espèce était de savoir si la décision de ne pas mener d'étude a causé des effets préjudiciables, et non si une enquête causerait des effets préjudiciables aux titulaires de charge — Par conséquent, la question soulevée dans la présente demande n'était pas justiciable, car elle n'a pas eu pour effet de porter atteinte à des droits, d'imposer des obligations juridiques, ni d'entraîner des effets préjudiciables — Demande rejetée.

DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-331-19, 2021 CAF 133, juge Rivoalen, J.C.A., motifs du jugement en date du 5 juillet 2021, 17 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**PRATIQUE**

Appel d'une ordonnance de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2018 CCI 55) modifiant son jugement dans la première affaire, concernant l'appel interjeté par l'intimé à l'encontre de la cotisation d'impôt sur le revenu établie par le ministre du Revenu national à l'égard de certaines années d'imposition — L'appelante a demandé que lui soient adjugés des dépens pour l'instance devant la Cour de l'impôt, en raison de l'offre de règlement qu'elle a présentée, mais qui a été rejetée — L'appel mettait en cause deux affaires qui se chevauchaient et qui avaient un élément en commun : elles portaient sur la validité et le caractère approprié des dépens adjugés par la C.C.I. dans les instances devant elle — Dans la première affaire, l'intimé a interjeté appel des cotisations d'impôt sur le revenu établies par le ministre à l'égard de certaines années d'imposition, et il a obtenu gain de cause devant la C.C.I.; des dépens calculés selon le barème habituel pour ce type d'instance lui ont été adjugés — L'appelante a interjeté appel de cette décision auprès de la Cour d'appel fédérale, et elle a obtenu gain de cause; des dépens calculés selon le barème habituel lui ont été adjugés, notamment pour l'instance devant la C.C.I. — L'intimé a interjeté appel auprès de la Cour suprême, mais son appel a été rejeté avec dépens — La décision de la Cour d'appel fédérale concernant les dépens adjugés pour l'instance devant la C.C.I. a donc été maintenue — La deuxième affaire a débuté après que l'intimé a obtenu gain de cause dans la première affaire devant la C.C.I., mais avant que la Cour d'appel fédérale n'entende l'appel de l'appelante — L'intimé a présenté une requête à la C.C.I. afin que celle-ci modifie les dépens qu'elle avait adjugés; il a demandé que les dépens pour l'instance devant la C.C.I. soient majorés en raison de l'offre de règlement qu'il avait présentée — La C.C.I. a accueilli la requête de l'intimé et a modifié le jugement qu'elle avait rendu dans la première affaire — Il s'agissait de savoir si les dépens adjugés par la C.C.I. pour l'instance étaient valides et appropriés — Dès que la Cour suprême a statué sur la première affaire, lorsqu'elle a rejeté l'appel de l'intimé, le principe de la chose jugée a commencé à s'appliquer — Selon ce principe, les mêmes parties ne peuvent pas remettre en cause dans une autre procédure un droit à une mesure de redressement qui a fait l'objet d'une décision définitive — La question du droit aux dépens pour l'instance devant la C.C.I. a été soulevée et tranchée dans la première affaire — Cette question ne pouvait pas être remise en cause dans la deuxième affaire — L'appel dont la Cour d'appel fédérale était présentement saisie constituait une attaque indirecte inadmissible contre le jugement rendu sur cette question par la Cour suprême — La Cour suprême a rejeté l'appel interjeté contre le jugement de la Cour d'appel fédérale et a confirmé ce jugement, ce qui comprenait l'adjudication de dépens pour l'instance devant la C.C.I. — L'ordonnance de la C.C.I. dans la deuxième affaire était entièrement subordonnée à l'ordonnance que celle-ci avait rendue dans la première affaire — La règle qui a rendu possible l'ordonnance dans la deuxième affaire figure au paragraphe 147(7) des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a — Selon cette disposition, la C.C.I. peut donner des directives à l'officier taxateur à l'égard d'une ordonnance d'adjudication de dépens qu'elle a déjà rendue ou elle peut reconsidérer cette ordonnance — Lorsque la Cour d'appel fédérale a rendu son jugement accueillant l'appel de l'appelante et annulant le jugement de la C.C.I. (y compris l'adjudication de dépens), tout le fondement de l'ordonnance rendue dans la deuxième affaire en application du paragraphe 147(7) s'est écroulé, de sorte que cette ordonnance n'avait plus aucun effet juridique — Ainsi, le jugement de la Cour d'appel fédérale a rendu nuls à la fois le jugement de la C.C.I. (y compris l'adjudication des dépens) et l'ordonnance prononcée en application du paragraphe 147(7) — Pour qu'une partie puisse interjeter appel d'une ordonnance, cette ordonnance doit exister — Parce que l'ordonnance rendue en application de l'art. 147(7) – c'est-à-dire l'ordonnance de la C.C.I. dans la deuxième affaire – a été annulée, l'appel de cette ordonnance était frappé de nullité — Il n'y avait donc plus d'appel dont la Cour d'appel fédérale pouvait être saisie — Bien que ces explications suffisaient pour justifier le rejet de l'appel de l'appelante, le droit régissant les ordonnances et les jugements ainsi que leurs effets a été examiné — L'argument de l'appelante selon lequel la question

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

des dépens majorés n'a pas été examinée dans l'appel porté devant la Cour d'appel fédérale et qu'elle pouvait par conséquent demander des dépens majorés a été rejeté parce qu'il faisait abstraction du fait que le principe interdisant la remise en cause s'applique non seulement aux questions qui ont été soulevées, mais également à celles qui auraient pu l'être; sinon, les litiges ne finiraient jamais — Les « dépens » et les « dépens majorés » ne sont pas deux questions distinctes — Lorsqu'un tribunal adjuge des dépens, il est entendu qu'il tranche la question du droit aux dépens pleinement et définitivement, sous réserve uniquement des exceptions restreintes prévues par les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Lorsqu'elle a suspendu l'appel dans la deuxième affaire, avec le consentement des parties, en attendant que la première affaire soit tranchée, la Cour d'appel fédérale n'a pas admis — ou recommandé ou approuvé — que l'appel était d'une certaine manière protégé contre le principe de la chose jugée — Il était en outre trop tard pour que l'appelante se prévale du mécanisme prévu à la règle 403 des *Règles des Cours fédérales*, puisqu'elle n'a pas présenté de requête en vertu de cette règle; elle n'a pas non plus demandé de prorogation de délai en vertu de la règle 8 des *Règles des Cours fédérales*; et, même si elle l'avait fait, la prorogation de délai ne lui aurait pas été accordée — Enfin, même si les arguments de l'appelante étaient retenus, un problème insurmontable persistait : l'ordonnance portée en appel dans la deuxième affaire — c'est-à-dire l'ordonnance faisant l'objet du présent appel — n'existait plus — Notre Cour peut intervenir pour promouvoir, mettre en application et défendre certaines valeurs prises par notre système judiciaire, notamment l'efficacité, l'économie judiciaire et le caractère définitif des décisions : règle 3 des *Règles des Cours fédérales* — S'il est vrai que les questions relatives au principe de la chose jugée et au caractère définitif des décisions sont habituellement invoquées par une partie, la Cour d'appel fédérale peut soulever ces questions dans une situation comme celle en l'espèce — L'« équité » n'est pas une exception au principe du caractère définitif des jugements qui s'applique en l'espèce — L'équité est un principe pertinent qui s'applique à d'autres principes interdisant la remise en cause, notamment la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et le recours abusif; il ne s'agissait toutefois pas en l'espèce d'une telle question — L'appel dans la première affaire a décidé de l'issue de la deuxième affaire — Durant la première affaire, les deux parties auraient dû informer la Cour d'appel fédérale de la deuxième affaire — Appel rejeté.

CANADA C. MACDONALD (A-118-18, 2021 CAF 6, juge Stratas, J.C.A., motifs du jugement en date du 19 janvier 2021, 13 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel interjeté à l'encontre d'une décision du registraire des marques de commerce (2019 COMC 94), qui a rejeté en partie la demande d'enregistrement de la marque de commerce WISER de la demanderesse — La marque de commerce WISER est utilisée en liaison avec une variété de produits, y compris divers appareils et instruments électriques, et divers services généralement liés aux installations électriques, à la gestion de l'énergie électrique et à la gestion du bâtiment — La défenderesse s'est opposée à la demande de la demanderesse — Elle est la propriétaire inscrite d'un certain nombre de marques de commerces nominales et figuratives incorporant le nom WEISER — Cela comprend, aux fins du présent appel, l'enregistrement n° LMC129,747 pour la marque WEISER utilisée en liaison avec une variété de serrures et de quincaillerie pour portes (l'enregistrement '747) — En 2013, la défenderesse a déposé une demande de modification de l'enregistrement '747 en vue d'y ajouter une série de nouveaux produits — Dans sa déclaration d'opposition, elle a soulevé des motifs d'opposition, dont la confusion et le caractère distinctif, en vertu de l'art. 2 et de de l'art. 12(1)d) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 — Le registraire a noté les modifications apportées à l'enregistrement '747 — Il a conclu qu'il devait considérer que l'enregistrement '747 avait été modifié — Il a examiné les éléments du critère de la confusion énoncés à l'art. 6(5) de la Loi — Il a conclu que la marque de commerce WISER de la demanderesse créait de la confusion avec la marque de commerce WEISER à l'égard des contrôleurs domestiques — Il s'est appuyé sur l'inclusion des serrures électroniques et sans clé, qui ne figurent que dans les modifications, pour conclure à un recoupement indirect avec les contrôleurs domestiques — Cela l'a amené à accueillir l'opposition et à refuser la demande à l'égard des contrôleurs en question sur la base du motif d'opposition du caractère enregistrable — Le registraire est parvenu à la même conclusion à l'égard du motif d'opposition fondé sur le caractère distinctif — Il s'agissait de savoir si le registraire a eu tort de fonder sa conclusion portant que la marque de commerce de la demanderesse n'était pas enregistrable sur l'enregistrement étendu de la marque de commerce de la défenderesse, même si cette dernière n'avait pas modifié sa déclaration d'opposition après que la demande d'extension de la marque de commerce eut donné lieu à un enregistrement — Le registraire n'a pas eu tort de considérer que l'enregistrement '747 avait été modifié — Le principe énoncé dans l'affaire *Ferrero SpA c. Cantarella Bros Pty Limited*, 2012 COMC 45 concerne le cas dans lequel la demande de marque de commerce d'une opposante donne lieu à un enregistrement après le dépôt de la déclaration d'opposition — Dans ce cas, la Commission des oppositions des marques de commerce (COMC) a jugé que l'opposante ne peut s'appuyer sur un tel enregistrement pour

MARQUES DE COMMERCE—Fin

invoquer le motif du caractère enregistrable au titre des art. 38(2)b) et 12(1)d) de la Loi, à moins que la déclaration d'opposition ne soit modifiée pour en faire mention, et ce, même si la demande était citée dans la déclaration d'opposition (la règle *Ferrero*) — La règle *Ferrero* était inapplicable dans la présente affaire — La modification de l'enregistrement '747 n'a pas donné lieu à un nouveau motif d'opposition, le motif prévu par la loi et la marque de commerce en question étant mentionnés dans la déclaration d'opposition — Elle a modifié les facteurs de l'analyse sur la confusion — La situation n'a pas changé, car la déclaration d'opposition de la défenderesse fournissait des détails supplémentaires en incluant dans son tableau une colonne énumérant les produits et les services correspondant aux enregistrements mentionnés — Il était loisible au registraire de vérifier l'état de l'enregistrement '747 en date de l'audience — La date pertinente aux fins du motif d'opposition lié au caractère enregistrable était celle de la décision — Le pouvoir discrétionnaire du registraire de contrôler l'état d'un enregistrement ne se limite pas à une vérification en « sens unique » suivant laquelle l'enregistrement ne peut être de portée plus large qu'il ne l'était au moment de la déclaration d'opposition — La règle *Ferrero* vise à reconnaître qu'une déclaration d'opposition doit énoncer les motifs d'opposition avec suffisamment de détails pour que le requérant puisse y répondre, et qu'une opposition se limite aux motifs énoncés dans la déclaration d'opposition — La règle *Ferrero* était inapplicable, parce qu'aucun nouveau motif d'opposition n'a été soulevé et que l'équité envers la demanderesse ne suscitait aucune inquiétude — Le registraire pouvait considérer la question de la confusion en s'appuyant sur la version de l'enregistrement '747 en date de la décision compte tenu de la déclaration d'opposition ayant été déposée — Appel rejeté.

SCHNEIDER ELECTRIC INDUSTRIES SAS C. SPECTRUM BRANDS, INC. (T-1906-19, 2021 CF 518, juge McHaffie, motifs du jugement en date du 1^{er} juin 2021, 25 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**TERRES**

Contrôle judiciaire de la décision rendue par le Tribunal des revendications particulières (le Tribunal), qui a jugé que la revendication particulière de la demanderesse était dénuée de fondement parce que la demanderesse n'était pas parvenue à établir que les terres en cause avaient été transférées à tort ou que la défenderesse (Sa Majesté la Reine du chef du Canada) avait manqué à ses obligations de fiduciaire à son égard — Les circonstances menant à la revendication particulière de la demanderesse ont pris naissance en 1914-1915, lorsque 4,37 acres de terres prises à même une parcelle beaucoup plus vaste qui avait été mise de côté pour la demanderesse ont été vendus à la Pacific Great Eastern Railway Company (PGER) — Un bref survol historique a révélé le retard considérable qui avait été pris dans le processus d'établissement d'un bon nombre de réserves destinées aux peuples autochtones de la Colombie-Britannique, dont celle qui était en cause dans la présente demande, la réserve indienne Williams Lake n° 1 (RIWL n° 1) — En 1914, la PGER a demandé une autorisation concernant une emprise parcourant la RIWL n° 1 — En 1938, la Colombie-Britannique a transféré la RIWL n° 1, moins les terres de chemin de fer acquises par la PGER à des fins ferroviaires, au Canada — Dans sa décision, le Tribunal a examiné le principal argument de la demanderesse, suivant lequel la RIWL n° 1 aurait eu un plein statut, et non un statut provisoire en 1914-1915, et a rejeté cet argument — Le Tribunal est parvenu à la conclusion que les terres de la RIWL n° 1 avaient un statut provisoire de 1881 à 1938 — Le Tribunal a conclu que toute limite inhérente à la législation provinciale relative aux chemins de fer n'empêchait pas la Couronne provinciale de prendre des mesures pour concéder des terres de la Couronne afin qu'elles soient utilisées pour des chemins de fer — Il en a déduit que la *Land Act*, R.S.B.C. 1911, c. 129, habilitait expressément la Couronne provinciale à concéder les terres de chemin de fer à la PGER — Selon le Tribunal, indépendamment de la nature provisoire ou non du statut de la réserve, la défenderesse avait à l'égard de la demanderesse l'obligation de fiduciaire d'intervenir en son nom dans le processus de création de réserves — Le Tribunal a ajouté que la défenderesse avait une obligation d'atteinte minimale à titre de fiduciaire — Il a conclu que le Canada avait respecté ses obligations de fiduciaire en soutesant les options et en utilisant l'indemnité pour répondre à d'autres besoins de la demanderesse plutôt qu'en essayant d'obtenir une réparation douteuse par l'acquisition de terres de remplacement provinciales — Par conséquent, le Tribunal a-t-il décidé, le bien-fondé des motifs invoqués au titre de l'art. 14 de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22 (LTRP), n'avait pas été établi — Il s'agissait principalement de savoir si le Tribunal a déraisonnablement conclu que la défenderesse n'a pas manqué à ses obligations de fiduciaire à l'égard de la demanderesse si on en juge par la jurisprudence qu'ont établie les tribunaux, et notamment le Tribunal lui-même, sur la question de l'étendue de ces obligations — En l'espèce, le Tribunal a conclu que, parce que la Colombie-Britannique serait probablement réticente à coopérer à la procédure de transfert de terres de remplacement, la défenderesse était, dans les faits, dispensée d'avoir à envisager cette option — Cette conclusion a dérogé aux principes de common law régissant l'étendue de l'obligation d'atteinte minimale de la Couronne — En bref, la défenderesse ne pouvait pas invoquer le probable manque de coopération d'une province pour justifier un manquement à ses propres obligations de fiduciaire, même si cette réticence pourrait, en soi, constituer

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

un manquement à une obligation de fiduciaire — Il s'ensuit que le Tribunal a conclu de manière déraisonnable que le manque probable de coopération de la Colombie-Britannique justifiait l'action de la défenderesse en l'espèce — Le Tribunal a aussi esquivé la question de savoir si la défenderesse aurait dû demander que la PGER obtienne, plutôt qu'un intérêt en fief simple, une servitude sur les terres de chemin de fer — Il n'a pas non plus examiné les incidences de la chronologie des actions de la défenderesse, par exemple la rapidité avec laquelle cette dernière a agréé à la demande de la PGER et accepté l'évaluation des terres de chemin de fer, alors qu'elle a pris tout son temps pour donner suite à la demande de terres de remplacement soumise par la demanderesse — Le principe de l'atteinte minimale imposait au Tribunal l'obligation d'examiner toutes ces options avant de décider que la revendication particulière de la demanderesse n'était pas fondée — Chacune aurait pu offrir une avenue de choix à la défenderesse, peu importe à quel palier de gouvernement appartenait l'intérêt de la Couronne dans les terres de chemin de fer — Étant donné que le Tribunal n'a pas examiné de manière adéquate ces différentes options moins attentatoires, sa décision ne pouvait être maintenue — Par conséquent, la décision du Tribunal a été annulée et la revendication de la demanderesse a été renvoyée au Tribunal afin qu'il la réexamine conformément aux présents motifs — Demande accueillie.

PREMIÈRE NATION DE WILLIAMS LAKE C. CANADA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD) (A-341-18, 2021 CAF 30, juge Gleason, J.C.A., motifs du jugement en date du 17 février 2021, 23 p.)

Demande sollicitant l'enregistrement de la sentence arbitrale au greffe de la Cour — Le présent différend portait sur une promesse contenue dans les traités nos 1, 3, 4, 5, 6 et 10, en ce qui concerne le Manitoba : la création de réserves — La promesse n'a pas été tenue à la satisfaction des Premières Nations signataires de traités — Des Premières Nations du Manitoba ont décidé de négocier un règlement — Elles ont conclu l'Entente-cadre du Manitoba (ECM) avec le Canada et le Manitoba — L'ECM est une entente complexe qui définit en détail le processus de création de réserves afin d'honorer les promesses des traités — Elle prévoit une procédure de règlement des différends détaillée et exhaustive — Elle contient également des renoncements en faveur du Canada, c'est-à-dire que les Premières Nations s'engagent à ne pas poursuivre le Canada en raison de l'inexécution des dispositions des traités concernant la création de réserves — En 2016, le Comité sur les droits fonciers issus de traités (DFIT) a entamé le processus officiel prévu par l'ECM pour alléguer que la consultation des Métis par le Canada constituait un défaut important de se conformer à l'ECM — Après des négociations infructueuses, les parties ont convenu de soumettre l'affaire à un arbitrage exécutoire — Le mandat de l'arbitre a identifié 35 parcelles spécifiques sélectionnées ou acquises par sept Premières Nations — L'arbitre a estimé notamment que le comportement du Canada constituait une violation de l'art. 40.07, qui prévoit que l'ECM ne peut être modifié que par l'accord des parties — Elle a conclu que le Canada avait effectivement modifié l'ECM en insérant dans le processus de mise en œuvre convenu une étape qui n'y était pas prévue et qui avait un impact important sur sa mise en œuvre. — L'arbitre a également déterminé que le Canada avait enfreint l'art. 8.02 de l'ECM, qui exige que les modifications à la politique sur les ajouts aux réserves soient convenues par les parties — Elle a déclaré que le Canada avait commis un cas de défaut — Elle a ordonné au Canada de négocier une modification à l'ECM — Après la sentence arbitrale, des négociations ont eu lieu, mais sans résultat — Ainsi, les demandeurs ont recherché l'enregistrement de la sentence et une déclaration selon laquelle les renoncements et les garanties contenues dans l'entente sur les DFIT de chaque Première Nation demanderesse étaient désormais nulles — Le Canada a soutenu que les demandeurs n'ont pas démontré que l'enregistrement de la sentence viserait un objectif spécifique — Il a dit être d'avis que l'annulation des quittances serait injuste, car 28 des 35 parcelles en cause ont maintenant été ajoutées aux réserves — Il a affirmé que les parties à l'ECM voulaient que la Cour exerce un pouvoir discrétionnaire quant à la pertinence d'une déclaration — La question était de savoir si la sentence devait être enregistrée — Les demandeurs ont un droit strict de demander l'enregistrement de la sentence — Il serait contraire à la philosophie du *Code d'arbitrage commercial* (le Code), qui est l'annexe à la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, de refuser l'enregistrement — Les art. 35 et 36 du Code prévoient que l'enregistrement d'une sentence arbitrale peut être obtenu de plein droit et qu'il ne peut être refusé que pour les motifs énumérés à l'art. 36 — Il s'agissait de savoir si les Premières Nations demanderesses avaient droit à un jugement déclaratoire annulant leurs renoncements — Toutes les Premières Nations demanderesses ont droit au jugement déclaratoire — Les conditions pour rendre un jugement déclaratoire ont été remplies — L'ECM est le produit d'une pondération minutieuse des intérêts des parties — La Cour ne devrait pas, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, remplacer le marché détaillé et négocié comme source principale de justice entre les parties — L'intention générale qui se dégage de la lecture globale des dispositions relatives au règlement des différends est que les tribunaux ne joueraient qu'un rôle subsidiaire dans le règlement des différends — L'invocation du pouvoir discrétionnaire de la Cour ne doit pas être une manière de remettre en litige des questions déjà tranchées dans un arbitrage — Les demandeurs ne devraient pas être privés d'un recours envisagé par l'ECM parce que le processus de création de réserves est arrivé à son terme à l'égard de 28 parcelles — Le cas de défaut est l'absence d'accord, et non l'absence de négociation — Le Canada n'était pas dispensé de son obligation de conclure un accord pour modifier l'ECM parce qu'il estimait qu'il avait suffisamment négocié ou que sa

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

position de négociation était raisonnable — Les prétentions du Canada concernant la disproportionnalité étaient une tentative de remettre la question en litige sous un autre nom — Le Canada a demandé une conséquence plus clémente pour son défaut que ce qui est prévu par l'ECM — Il serait contraire à l'honneur de la Couronne de permettre au Canada d'imposer sa propre vision de ce qui est juste dans les circonstances — L'enregistrement de la sentence de l'arbitre a été ordonné — Les renonciations et les garanties accordées par les Premières Nations demanderessees dans leurs ententes sur les DFIT ont été déclarées nulles et sans effet dans leur intégralité — Demande accueillie.

COMITÉ SUR LES DROITS FONCIERS ISSUS DE TRAITÉS INC. C. CANADA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD) (T-336-19, 2021 CF 329, juge Grammond, motifs du jugement en date du 23 avril 2021, 36 p.)

PRATIQUE**FRAIS ET DÉPENS**

Cautionnement pour dépens — L'intimée a demandé par voie de requête un cautionnement pour dépens en application de la règle 416(1)f des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), concernant à la fois l'appel et l'action à l'égard desquels l'intimée a obtenu gain de cause dans l'action en contrefaçon de brevet de l'appelant — Interprétée de concert avec la règle 415, la règle 416(1)f autorise la Cour à ordonner à un appelant de fournir le cautionnement pour les dépens qui pourraient être adjugés à l'intimé lorsque « [l'intimé] a obtenu une ordonnance contre [l'appelant] pour les dépens afférents à la même instance ou à une autre instance et ces dépens demeurent impayés en totalité ou en partie » — Le juge de première instance a adjugé les dépens à l'intimée (2021 CF 85) — La taxation n'a pas encore eu lieu — L'intimée a soutenu notamment que l'appelant a essayé de se protéger de tout jugement en transférant à son épouse ses intérêts à l'égard du domicile matrimonial — L'appelant s'est opposé à la requête principalement parce que la condition préalable à l'application de la règle 416(1)f n'est pas encore remplie : à la présente étape, il n'existe aucune ordonnance contre l'appelant pour les dépens qui demeurent impayés en totalité ou en partie — Il s'agissait de savoir s'il est possible de rendre une ordonnance en application de la règle 416(1)f avant la taxation des dépens qualifiés d'impayés — La thèse de l'appelant est plus conforme à la distinction qui est faite dans les Règles entre les ordonnances d'adjudication de dépens et les directives adressées à l'officier taxateur — Les directives de la Cour visées aux règles 400 et 403 peuvent être exposées dans une ordonnance ou dans un jugement — Jusqu'à ce que l'officier taxateur ait terminé la taxation de la manière décrite dans les directives du juge de première instance, les dépens ne sont pas payables — Le mécanisme de cautionnement pour dépens doit être équitable pour toutes les parties — Requête rejetée.

BETSER-ZILEVITCH C. PETROCHINA CANADA LTD. (A-57-21, 2021 CAF 76, juge Laskin, J.C.A., motifs de l'ordonnance en date du 15 avril 2021, 8 p.)

DEMANDES

Requête en vertu de la règle 51 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 pour interjeter appel de l'ordonnance d'une protonotaire par laquelle cette dernière a rejeté la requête des demandeurs en vue d'obtenir une ordonnance portant sur la production de documents (les documents demandés) en vertu des règles 317 et 318 — La protonotaire a rejeté la requête des demandeurs en s'appuyant sur sa conclusion selon laquelle la règle 317 ne s'applique pas aux révisions *de novo* effectuées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 — Les demandeurs ont soutenu qu'en raison de la nature inédite de certaines questions juridiques soulevées dans la demande sous-jacente, dont un argument concernant le partage des compétences sous le régime de la loi constitutionnelle, il serait dans l'intérêt de la justice qu'on leur donne accès aux documents demandés — Chacun des demandeurs a signifié au défendeur une demande de documents en possession d'un tribunal conformément à la règle 317 — Les demandes de documents sollicitaient la divulgation d'un certain nombre de documents pertinents à chacune de leurs demandes présentées au titre de l'art. 44 de la Loi — Ces documents n'avaient pas été produits aux demandeurs, et la chef de la Division de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels de Santé Canada en aurait été saisie lorsqu'elle a pris la décision de divulguer certains documents (les documents) en réponse à la demande d'accès à l'information — Par la suite, le défendeur a informé toutes les parties de son opposition aux demandes de documents, comme le prévoit la règle 318(2) — Les demandeurs ont ensuite présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance de production des documents demandés au titre de la règle 318, mais cette requête a été rejetée — Il s'agissait de savoir si la protonotaire a commis une erreur en concluant que la règle 317 ne s'applique pas à un examen prévu à l'art. 44 de la Loi dans les circonstances de la présente affaire — Dans sa décision, la protonotaire a conclu qu'il est « indéfendable » qu'un examen prévu à l'art. 44 constitue une demande de contrôle judiciaire, car un examen *de novo* n'est pas, selon la jurisprudence établie, un contrôle judiciaire — Les

PRATIQUE—Suite

demandeurs ont affirmé que, même si un examen prévu à l'art. 44 est un contrôle *de novo*, il était clair que la décision du décideur administratif faisait l'objet d'un contrôle — La protonotaire s'est fondée sur la décision *Philippe Nolin c. Procureur général du Canada*, (20 novembre 2015), Ottawa, dossier T-1749-14 (CF), dans laquelle il est conclu que la règle 317 ne s'applique pas aux demandes présentées en vertu de l'art. 41 de la Loi — Les demandeurs ont toutefois eu raison de soutenir que la décision *Nolin* comporte des contradictions internes — L'affaire *Nolin* est différente du présent appel — Un examen prévu à l'art. 41 permet aux personnes qui demandent la communication de documents de porter leur affaire devant la Cour aux fins de contrôle, alors qu'un examen prévu à l'art. 44 permet à des tiers concernés par des demandes d'accès à l'information de s'adresser aux cours de justice pour obtenir réparation — La trame factuelle implicite dans un examen prévu à l'art. 41 fournit des motifs convaincants de conclure que la règle 317 ne s'applique pas — Toutefois, sous le régime d'un examen prévu à l'art. 44, il n'y a pas de considérations semblables permettant de conclure que la règle 317 ne s'applique pas — La décision *Nolin* est muette à ce sujet — Dans le cas du présent appel, la décision de Santé Canada faisait l'objet d'un contrôle — La règle 317 est conçue pour obtenir des documents auprès d'un tribunal dans les cas où sa décision fait l'objet d'un contrôle — Un examen prévu à l'art. 44 est un contrôle judiciaire — Rien dans la règle 317 ne limite son application aux demandes présentées en vertu de l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 — Si le législateur avait souhaité faire une telle chose, il aurait facilement pu le faire — De plus, sur le plan de l'intérêt public, il serait erroné de conclure que la règle 317 ne s'applique pas à un examen *de novo* — Le défendeur était en possession des éléments que les demandeurs souhaitaient produire — Mettre le défendeur à l'abri de la communication de ces éléments désavantagerait injustement les demandeurs et placerait le défendeur à l'abri d'un contrôle efficace fondé sur le contenu des documents demandés — La protonotaire a commis une erreur en concluant que la règle 317 ne s'applique pas à une révision judiciaire *de novo* effectuée au titre de l'art. 44 de la Loi — Il était dans l'intérêt de l'administration de la justice que les documents demandés soient produits — S'il manquait certains renseignements pertinents, les demandeurs seraient lésés — Comme il n'y a pas de production de documents dans une révision au titre de l'art. 44, les demandeurs devaient pouvoir invoquer la règle 317 afin d'examiner efficacement la décision contestée — L'affaire a été renvoyée à la protonotaire et une directive lui a été donnée — Appel accueilli.

PREVENTOUS COLLABORATIVE HEALTH C. CANADA (SANTÉ) (T-189-19, T-190-19, T-191-19, 2021 CF 253, juge Bell, motifs de l'ordonnance en date du 25 mars 2021, 16 p.)

PARTIES

Intervention

Demande d'autorisation d'intervenir dans un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par la Cour fédérale (2019 CF 950), qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du commissaire à l'intégrité du secteur public, qui avait refusé de faire enquête sur des allégations selon lesquelles des fonctionnaires de l'ambassade du Canada à Mexico avaient omis de respecter les politiques du gouvernement du Canada en matière de protection des défenseurs des droits de la personne et omis de signaler en temps opportun un acte de corruption — Le commissaire a conclu qu'il ne s'agissait pas d'« actes répréhensibles » pour l'application des art. 8d) et e) et 33(1) de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 — En 2007 une société minière canadienne, Blackfire Exploration Ltd., a ouvert une mine de barytine dans l'État du Chiapas, au Mexique — La population locale s'est opposée à la mine et a tenu des manifestations devant l'ambassade du Canada à Mexico et érigé un barrage sur l'une des voies de transport menant à la mine — En 2009, le chef du mouvement d'opposition, M. Abarca, a été arrêté et détenu sans inculpation pendant huit jours — Les appelants ont fait valoir que M. Abarca a été assassiné en 2009, peu après avoir déposé une plainte auprès de la police contre deux employés de Blackfire qui avaient proféré des menaces à son endroit — Le commissaire devait déterminer si, en aidant Blackfire à faire face à l'opposition politique et sociale suscitée par la mine et en assurant la liaison entre Blackfire et les administrations locale, nationale et de l'État sur les exigences réglementaires à respecter, les membres de l'ambassade avaient, par leurs actions ou leur inaction, agi conformément aux politiques du gouvernement du Canada en matière de respect du droit international coutumier, ainsi qu'aux politiques officielles du Canada en matière de protection et de promotion des droits de la personne — Les appelants étaient d'avis que ces actions ou cette inaction avaient contribué aux dangers auxquels M. Abarca avait été exposé — La deuxième allégation portait sur un acte de corruption, les appelants faisant valoir que l'ambassade n'a pas signalé cet acte en temps opportun — L'intimé a consenti à la requête en autorisation d'intervenir présentée par Canadian Lawyers for International Human Rights, la International Justice and Human Rights Clinic (CLIIHR/IJHRC) et Amnistie internationale, mais s'est opposé à la requête du Centre for Free Expression de l'Université Ryerson (CFE), alléguant que ce dernier ne répondait pas au critère de l'intervention prévu à la règle 109 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Il s'agissait de savoir si les requêtes devaient être accueillies — Une partie ne peut pas « consentir » à une requête en autorisation d'intervenir : elle peut l'appuyer,

PRATIQUE—Fin

s’y opposer ou s’abstenir de prendre position — Les parties ne peuvent « consentir » qu’à des questions de procédure, comme un retard dans l’achèvement d’une étape de la procédure qui serait à leur avantage — La question de savoir si une intervention devrait être autorisée est une question de fond; par conséquent, le consentement d’une partie importe peu — La Cour doit conclure que l’intervention est, dans l’ensemble, dans l’intérêt supérieur de la justice — Si l’intimé estime que les requêtes devraient être accueillies, il devrait le dire et expliquer sommairement pourquoi il en est ainsi — Dans une requête présentée en application de l’alinéa 109(2)b) des Règles, la partie doit expliquer de quelle manière elle désire participer à l’instance et en quoi sa participation aidera la prise d’une décision sur toute question de fait et de droit se rapportant à l’instance; la Cour évalue et soupèse ensuite ces observations en regard des facteurs énoncés dans l’affaire *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 74 (1^{re} inst.), conf. par [1990] 1 C.F. 90 (C.A.) — Ces facteurs sont notamment la question de savoir si la personne qui se propose d’intervenir est directement touchée par l’issue du litige; s’il y a une question qui est de la compétence des tribunaux ainsi qu’un véritable intérêt public — Il n’est pas nécessaire que tous ces facteurs soient réunis, et certains peuvent peser davantage que d’autres — Les critères ne sont pas normatifs — Le critère dominant est de savoir si la Cour sera mieux en mesure d’examiner les questions en litige grâce à la présence de l’intervenant — Si l’on reprend les facteurs énoncés dans la décision *Rothmans*, aucune des parties en l’espèce n’était « directement touchée », c’est-à-dire qu’aucune n’avait le même degré d’« intérêt direct » qu’aurait normalement une entité ou une personne ayant pleine qualité de partie — Ce facteur ne constituait toutefois pas un obstacle — Pour faire valoir un intérêt véritable, la personne qui souhaite intervenir doit démontrer qu’il existe un lien entre le point en litige et son mandat et ses objectifs — Elle doit préciser l’origine de son intérêt véritable, et l’on doit pouvoir clairement établir à partir de ses observations ce qui justifie son intervention — Pour établir l’existence d’un intérêt véritable, l’intervenant doit manifester plus qu’un intérêt de « nature “jurisprudentielle” » — En l’espèce, les intervenants proposés ont, dans leurs déclarations sous serment, fourni un bilan historique de leur participation à différents aspects des questions de droit dont la Cour était saisie — La principale question était de savoir si l’intervenant fournira à la Cour d’autres perspectives utiles qui l’aideront à statuer sur l’affaire — Cette aide peut revêtir diverses formes — En l’espèce, les observations des intervenants reposaient sur leur compréhension du droit international (tant le droit coutumier que le droit des traités) et sur le rôle qu’il joue dans l’interprétation des lois nationales — L’intérêt du CFE diffère – il porte principalement sur l’essence et la portée de la Loi — La requête d’un intervenant proposé sera rejetée si les observations de cet intervenant répètent dans une large mesure celles déjà formulées par les parties ou si elles ne sont pas suffisamment distinctes; mais ce n’était pas le cas en l’espèce — La Cour a examiné les circonstances et les faits particuliers de l’affaire qui faisait l’objet de la demande d’intervention — En l’espèce, aucun fait précis ne militait contre l’intervention d’Amnistie internationale, de CLIHR/IJHRC ou du CFE — La Cour a conclu que les intervenants proposés ont montré qu’ils avaient un intérêt véritable dans l’affaire dont la Cour a été saisie, que les observations qu’ils ont proposées n’étaient répétées par aucune des parties et qu’il serait dans l’intérêt de la justice de leur accorder la qualité d’intervenant — En outre, bien que les interventions se soient inscrites dans le contexte d’une question de politique générale sur le rôle du Canada dans la promotion des droits de la personne à l’étranger, elles ne cherchaient pas à amener la cour à se prononcer sur le fond de cette question — Toutes portaient sur la bonne interprétation d’une loi; les arguments ne soulevaient pas de considérations géopolitiques — Requêtes accueillies.

GORDILLO C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-290-19, 2020 CAF 198, juge Rennie, J.C.A., motifs de l’ordonnance en date du 16 novembre 2020, 12 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3