



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 3, Part 2**

**2021, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2021] 3 F.C.R., {<sup>177-435</sup><sub>D7-D13</sub>

Renvoi [2021] 3 R.C.F., {<sup>177-435</sup><sub>F9-F16</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, C.M., Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

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, 2023.

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, 2023.

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

Appeal noted.....	I
Erratum.....	III
Judgments.....	177–435
Digests.....	D-7–D-13

### **Ravandi v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)..... 177**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision granting respondent's application for cessation of applicant's refugee protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 108(2) — Applicant's refugee protection had ceased on basis applicant reavailed herself of protection of Iran; as provided for in Act, s. 108(1)(a), decision resulted in applicant's loss of refugee protection — RPD member stated that conclusions entirely dispositive of case; no need to consider other issues arising under Act, ss. 108(1)(b) through (e) — Applicant, Iranian, fled Iran for Turkey to escape forced marriage arranged by father — Obtained Convention refugee protection; became permanent resident of Canada — Later obtained Iranian passport, returned to Iran from Canada twice — Respondent then brought application under Act, s. 108(2) — Applicant not challenging directly determination that she reavailed herself of protection of Iran; rather submitted that, by adducing evidence her father was in jail in Turkey when she was in Iran, she put in play issue of whether reasons for which she sought refugee protection had ceased to exist, and thus her refugee protection had ceased under Act, s. 108(1)(e) (changed circumstances) — Consequently, according to applicant, member's passing reference to Act, s. 108(1)(e) in decision not meeting requirements of responsive justification as articulated in *Vavilov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* — From record, no evidence before RPD that was potentially relevant to issue of changed circumstances — Whether RPD's decision reasonable — As result of RPD's

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés.....	I
Erratum.....	III
Jugements.....	177–435
Fiches analytiques.....	F-9–F-16

### **Ravandi c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)..... 177**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a accueilli la demande de constat de perte d'asile de la demanderesse présentée par le défendeur au titre de l'art. 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* — La demanderesse s'est réclamée de nouveau de la protection de l'Iran, ce qui a entraîné la perte de l'asile aux termes de l'art. 108(1)a de la Loi — Le commissaire de la SPR a déclaré que ces conclusions étaient entièrement déterminantes dans l'affaire, et qu'il n'avait pas à examiner d'autres questions qui pourraient se poser au titre des art. 108(1)b à 108(1)e de la Loi — La demanderesse, une citoyenne de l'Iran, a fui l'Iran pour la Turquie pour éviter un mariage forcé organisé par son père — Elle a obtenu la qualité de réfugié au sens de la Convention et est devenue résidente permanente du Canada — Elle a par la suite obtenu un passeport iranien et est retournée en Iran deux fois — Le défendeur a ensuite présenté une demande au titre de l'art. 108(2) de la Loi — La demanderesse n'a pas contesté directement la conclusion selon laquelle elle s'est réclamée de nouveau de la protection de l'Iran; elle a plutôt soutenu que, en présentant des éléments de preuve montrant que son père était emprisonné en Turquie lorsqu'elle s'est rendue en Iran, elle avait mis en jeu la question de savoir si les raisons qui lui avaient fait demander l'asile avaient cessé d'exister, et donc qu'elle avait perdu l'asile en application de l'art. 108(1)e de la Loi — Selon la demanderesse, l'allusion faite à l'art. 108(1)e de la Loi par le commissaire dans sa

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

determination, applicant lost permanent resident status; became inadmissible to Canada — Parliament has decided that certain collateral legal consequences not following for all refugees whose protection determined to have ceased — Such consequences follow for those whose protection found to have ceased under Act, s. 108(1)(a) to (d) but not under Act, s. 108(1)(e) — Applicant contending that, given significantly more serious impact on her of determination that her refugee protection ceased under Act, s. 108(1)(a) because of reavilment as opposed to under s. 108(1)(e) because of changed circumstances, RPD's failure to address comparatively more serious impact of such determination, to justify its decision, such decision lacking requisite degree of justification, intelligibility, transparency — Where RPD having choice to make between finding that refugee protection ceased under any of ss. 108(1)(a) through (d) or under s. 108(1)(e), opts for former, RPD required to explain choice with reasons demonstrating it has considered consequences of that decision; that those consequences justified in light of facts, law — Applicant not establishing that, whichever order issues were addressed, there was ever reasonable possibility that determination of respondent's cessation application would not result in loss of applicant's permanent resident status, her inadmissibility to Canada — Consequently, no further justification was required for why RPD not considering Act, s. 108(1)(e) beyond that which given — Having found refugee protection ceased because of reavilment, RPD not required to consider changed circumstances — Even if having done so, would not have made any difference to outcome for applicant — In present case, evidence of changed circumstances far from compelling — Given state of evidence, applicable legal test, far from obvious that RPD could reasonably find that refugee protection had ceased because of changed circumstances — Would also be unreasonable for RPD not to consider reavilment, ground advanced by respondent, given evidence capable of supporting that finding — Thus, RPD's determination that refugee protection ceased on basis of reavilment provided requisite degree of justification, intelligibility, transparency, even considering stakes for applicant — On facts of this case, outcome without deleterious collateral legal consequences of such determination not reasonable possibility — Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

décision ne respectait donc pas les exigences de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées, qui ont été établies dans l'arrêt *Vavilov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* — D'après le dossier, la SPR ne disposait pas d'éléments de preuve qui auraient pu être pertinents dans le contexte de la question du changement de circonstances — Il s'agissait de savoir si la décision de la SPR était raisonnable — En raison de la décision de la SPR, la demanderesse a perdu le statut de résident permanent et elle est devenue interdite de territoire au Canada — Le législateur a décidé que certaines conséquences juridiques accessoires ne s'appliquaient pas à tous les réfugiés qui perdent l'asile — Ces conséquences s'appliquent à ceux qui perdent l'asile en application des art. 108(1)a) à d) de la Loi, mais pas aux réfugiés qui perdent l'asile en application de l'art. 108(1)e) de la Loi — La demanderesse a soutenu que, puisque la décision de fonder la perte de l'asile sur l'art. 108(1)a) de la Loi (parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays) plutôt que sur l'art. 108(1)e) (en raison d'un changement de circonstances) a des répercussions beaucoup plus importantes pour elle, l'omission par la SPR de tenir compte des conséquences plus graves de sa décision et de justifier celle-ci a fait en sorte que la décision ne satisfaisait pas aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence — Lorsque la SPR a le choix de conclure à la perte de l'asile sur le fondement de l'un des art. 108(1)a) à d), d'une part, ou de l'art. 108(1)e), d'autre part, et qu'elle choisit l'un des premiers alinéas, elle doit expliquer son choix au moyen de motifs qui démontrent qu'elle a tenu compte des conséquences de son choix et que celles-ci sont justifiées au regard des faits et du droit — La demanderesse n'a pas établi que, peu importe l'ordre dans lequel les motifs étaient abordés, il existait une possibilité raisonnable que la décision relative à la demande de constat de perte d'asile du défendeur n'entraîne pas la perte du statut de résident permanent pour la demanderesse ou son interdiction de territoire au Canada — Par conséquent, la SPR n'avait pas à justifier de façon plus détaillée la raison pour laquelle elle n'a pas examiné l'art. 108(1)a) de la Loi — Après avoir conclu que la demanderesse avait perdu l'asile parce qu'elle s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays, le commissaire de la SPR n'était pas tenu d'examiner le changement de circonstances — Même s'il l'avait fait, cela n'aurait pas fait une différence pour la demanderesse — Dans la présente affaire, la preuve d'un changement de circonstances était loin d'être contraignante — Compte tenu de la preuve et du critère juridique applicable, il était loin d'être évident que la SPR aurait raisonnablement conclu à la perte de l'asile en raison d'un changement de circonstances — De plus, il aurait été déraisonnable pour la SPR de ne pas examiner le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Bell Canada v. British Columbia Broadband Association (F.C.A.)** ..... 206

Telecommunications — Consolidated appeals from Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC or Commission) order called *Follow-up to Telecom Orders 2016-396 and 2016-448 – Final rates for aggregated wholesale high-speed access services* (15 August 2019), Telecom Order CRTC 2019-288 (TO 2019-288), which set final rates that large telephone, cable companies could charge for aggregated wholesale high-speed access services provided to competitors — Order provided that final rates would be applied retroactively — Bell Canada, MTS Inc., Bell MTS, large telephone companies, sought, obtained leave to appeal TO 2019-288 — Bragg Communications Incorporated, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., Videotron Limited, large cable carriers, also sought, obtained leave to appeal Order — While CRTC not regulating provision of Internet services to retail customers, CRTC regulating provision of wholesale high-speed access services by large telephone, cable companies to competitors — Whether appellants raising grounds of appeal that were not questions of law or jurisdiction properly before Court; whether CRTC breaching principles of procedural fairness or engaged in arbitrary decision-making; whether CRTC's reasons failed to comply with statutory reasons requirement; whether CRTC imposed unconstitutional tax — While appellants' first three grounds of appeal ((i) Commission breaching principles of procedural fairness, engaged in arbitrary decision-making; (ii) Commission failing to comply with statutory reasons requirement; (iii) Commission imposing unconstitutional tax) raising questions of law or jurisdiction, remaining two grounds ((iv) Commission failing to exercise its powers with view to ensuring that appellants' rates "just and reasonable"; (v) Commission failing to exercise its powers with view to implementing Canadian telecommunications policy objectives set out in *Telecommunications Act*, s. 7, Cabinet Direction) being problematic — Whether rates just, reasonable not question of law or jurisdiction — Cable carriers not citing any evidence in support of submission that

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pays, le motif qui a été avancé à l'origine par le défendeur, étant donné la preuve à l'appui de cette conclusion — Donc, la décision de la SPR selon laquelle la demanderesse a perdu l'asile parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays satisfaisait aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence, même compte tenu des enjeux pour la demanderesse — Il n'était pas raisonnablement possible, compte tenu des faits de la présente affaire, pour la SPR de rendre une décision n'entraînant pas de conséquences juridiques accessoires préjudiciables — Demande rejetée.

### **Bell Canada c. British Columbia Broadband Association (C.A.F.)** ..... 206

Télécommunications — Appels regroupés, interjetés à l'encontre d'une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil ou le CRTC) appelée le *Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupé* (15 août 2019), ordonnance de télécom CRTC 2019 288 (l'OT 2019-288), qui fixe les tarifs définitifs que les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie peuvent facturer pour les services d'accès haute vitesse de gros groupés fournis aux concurrents — L'ordonnance prévoyait que les tarifs définitifs s'appliqueraient rétroactivement — Bell Canada, MTS Inc. et Bell MTS, de grandes entreprises de téléphonie, ont demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de l'OT 2019-288 — Bragg Communications Incorporated, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P. et Videotron Limited, de grandes entreprises de câblodistribution, ont également demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de cette ordonnance — Si le CRTC ne régleme pas la fourniture de services Internet aux clients de détail, il régleme cependant la fourniture de services d'accès haute vitesse de gros par les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie aux concurrents — Il s'agissait de savoir si les appelantes ont fait valoir des motifs d'appel qui n'étaient ni des questions de droit ni des questions de compétence dont la Cour pouvait être saisie; si le CRTC a manqué aux principes d'équité procédurale ou rendu une décision arbitraire; si le CRTC a fourni des motifs ne satisfaisant pas à une exigence légale quant aux motifs; et si le CRTC a imposé une taxe anticonstitutionnelle — Si les trois premiers motifs d'appel invoqués par les appelantes ((i) le Conseil a manqué aux principes d'équité procédurale et a pris une décision arbitraire; (ii) le Conseil a manqué à une exigence légale quant aux motifs; (iii) le Conseil a imposé une taxe anticonstitutionnelle) soulevaient des questions de droit ou de compétence, les deux autres motifs ((iv) le Conseil n'a pas exercé ses pouvoirs de manière à ce que les tarifs imposés

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

final rates insufficient to cover their costs while Bell relying on new evidence to support argument — Act, s. 27(1) read in conjunction with s. 27(3) demonstrating that whether rates just, reasonable under statute is factually suffused question of mixed law, fact — Commission may adopt any method or technique that it considers appropriate to determine whether rate just, reasonable — Challenges to Commission's choice of methodologies, assessment of evidence relating to selected methodologies not matters of law or jurisdiction properly before Court — Appellants' argument that Commission failed to implement or consider policy objectives enumerated in Act, s. 7 not question of law or jurisdiction properly before Court — Given Commission's broad authority to consider any or all policy objectives, Commission's treatment of policy objectives not raising questions of law or jurisdiction — Therefore, these two grounds of appeal not questions of law or jurisdiction; falling outside scope of Act, s. 64(1) — Cable carriers asserted that CRTC breaching principles of procedural fairness, impermissibly fettered its discretion, or acted arbitrarily with respect to specific costing factors — However, appellants not demonstrating any error of law or jurisdiction arising out of any breach of procedural fairness or arbitrary decision-making — CRTC's reasons not failing to comply with legislative reasons requirement — Assuming, without deciding, that Commission subject to mandatory requirement to give reasons explaining its implementation of telecommunications policy objectives set out in Act, s. 7, show compliance with Cabinet Direction, it did so — Commission's reasons satisfactorily addressed policy objectives, arguments, issues raised by parties; reasons thus adequate — Commission aware of policy concerns appellants identified; engaged with those concerns, addressed them adequately in its reasons — Under Act, s. 52(1), Commission authorized to determine any question of law, including constitutional issues — Appellants knew that issue before Commission was whether final rates should be set retroactively; provided no explanation as to why unconstitutional tax issue not raised before Commission — Therefore, Bell appellants could not be permitted to raise this issue for first time on appeal — Appeals dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

aux appelantes soient « justes et raisonnables »; (v) le Conseil n'a pas exercé ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'art. 7 de la *Loi sur les télécommunications* et dans les instructions du Cabinet) étaient plus problématiques — La question de savoir si les tarifs étaient justes et raisonnables n'était pas une question de droit ou de compétence — Les câblodistributeurs n'ont cité aucun élément de preuve à l'appui de leur observation selon laquelle les tarifs définitifs ne leur permettaient pas de recouvrer leurs coûts, tandis que les éléments de preuve sur lesquels Bell s'est fondée à l'appui de son observation étaient des éléments nouveaux — Si l'on interprète l'art. 27(1) en conjonction avec l'art. 27(3), on constate que la question de savoir si les tarifs sont justes et raisonnables conformément à la Loi est une question mixte de fait et de droit — Le Conseil peut adopter toute méthode ou technique qu'il estime appropriée pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables — La contestation des méthodes choisies par le Conseil et de son appréciation des éléments de preuve pertinents pour l'application des méthodes choisies n'était pas une question de droit ou de compétence dont la Cour pouvait être saisie — L'observation des appelantes selon laquelle le Conseil n'a ni réalisé ni pris en considération les objectifs de la politique énumérés à l'art. 7 de la Loi ne soulevait pas une question de droit ou de compétence dont la Cour pouvait être saisie — Étant donné le vaste pouvoir du Conseil de prendre en considération tous les objectifs de la politique ou seulement certains d'eux, la façon dont le Conseil a pris en considération les objectifs de la politique n'a pas soulevé de questions de droit ou de compétence — Par conséquent, ces deux motifs d'appel n'étaient pas des questions de droit ou de compétence et ils excédaient la portée de l'art. 64(1) de la Loi — Les câblodistributeurs ont affirmé que le CRTC avait manqué aux principes d'équité procédurale, avait limité indûment son pouvoir discrétionnaire ou agi arbitrairement à l'égard de certains facteurs servant à l'établissement des coûts — Toutefois, les appelantes n'ont démontré l'existence d'aucune erreur de droit ou de compétence découlant d'un quelconque manquement à l'équité procédurale ou d'une quelconque décision arbitraire — Les motifs fournis par le CRTC n'omettaient pas de satisfaire à une exigence légale quant aux motifs — À supposer, sans que l'on tire de conclusion en ce sens, que le Conseil ait eu l'obligation de fournir des motifs expliquant la façon dont il met en œuvre des objectifs de la politique de télécommunication énoncés à l'art. 7 de la Loi et de démontrer la conformité des mesures aux instructions du Cabinet, c'est ce qu'il a fait — Les motifs du Conseil ont fait référence de manière satisfaisante aux objectifs de la politique et aux arguments et questions soulevés par les parties, et ils étaient donc adéquats — Le Conseil était conscient

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees (F.C.A.) . . . . . 294**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal, cross-appeal from Federal Court judgment allowing applications for judicial review — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Since 2004, United States designated pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 159.3, which followed agreement in 2002 between United States, Canada called Safe Third Country Agreement — Since that time, many refugee claimants arriving from United States ruled ineligible for refugee protection in Canada, including individual respondents — They, advocacy organizations for refugees, brought three judicial reviews in Federal Court; alleged that designation of United States under Regulations, s. 159.3 *ultra vires* but Federal Court rejected allegation — Respondents also alleged that designation of U.S. as safe third country under Regulations, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(e) infringed rights guaranteed by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Federal Court declared provisions of no force or effect under *Constitution Act, 1982*, s. 52 — Given this conclusion, Federal Court found it unnecessary to deal with s. 15 issues — Main issue: whether cross-appeal should be summarily dismissed; whether appeal should be allowed — Cross-appeal lying where party seeking different disposition of judgment appealed from — Different disposition meaning remedy that will have real-life, practical consequences for party cross-appealing — Cross-appeal not lying simply because party is dissatisfied with reasons for judgment — Federal Court's failure to grant declarations that Charter, s. 15 infringed; that Regulations, s. 159.3 *ultra vires*, not having any real-life, practical consequences for respondents as provisions respondents wanted struck down were struck down, albeit under Charter, s. 7, not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

des réserves relatives à la politique soulevées par les appelantes; il en a tenu compte et il en a parlé de manière adéquate dans ses motifs — Aux termes de l'art. 52(1), le Conseil « connaît [...] des questions de droit », lesquelles incluent les questions constitutionnelles — Les appelantes savaient que le Conseil était saisi de la question de savoir si les tarifs définitifs devaient s'appliquer rétroactivement; elles n'ont pas expliqué pourquoi la question de la taxe anticonstitutionnelle n'avait pas été soulevée devant celui-ci — Par conséquent, les appelantes Bell ne pouvaient être autorisées à soulever cette question pour la première fois en appel — Appels rejetés.

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés (C.A.F.) . . . . . 294**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel et appel incident à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour fédérale, qui a accueilli des demandes de contrôle judiciaire — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Depuis 2004, les États-Unis sont un pays désigné conformément à l'art. 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*; cette désignation découle d'un accord intervenu en 2002 entre les États-Unis et le Canada, appelé l'Entente sur les tiers pays sûrs — Depuis, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers — Avec des organisations de défense des droits des réfugiés, ils ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale; ils ont soutenu que la désignation des États-Unis sous le régime de l'art. 159.3 du *Règlement* outrepassait le pouvoir conféré par la loi (*ultra vires*), mais la Cour fédérale a rejeté cette prétention — Les intimés ont affirmé également que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du *Règlement* et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'art. 15 — Il s'agissait principalement de savoir si l'appel incident devrait être rejeté de façon sommaire et si l'appel devrait être accueilli — Une partie peut interjeter un appel incident si elle entend demander la réformation du jugement porté en appel

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Charter, s. 15 — Act, s. 101(1)(e), Regulations, s. 159.3 part of interrelated legislative scheme — Two sections not sitting alone, in isolation — Artificial to view, analyze them in abstract — Evidentiary record that developed in Federal Court concentrated on general effects of designation of United States — Respondents' applications not fitting with nature of legislative scheme — After designation, real cause of any continued designation or decision to revoke it is Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — Respondents' Charter challenge had to be dismissed — In this case, cause of any infringement not designation of United States 17 years ago but Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct that caused designation to continue — It was incumbent on respondents to challenge that; however, they did not do so — Federal Court dealt with Charter challenge in way it was put, defended — In so doing, its attention was diverted away from important features of legislative scheme—in particular, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — As well, principles of Charter litigation not argued before it — These things leading Federal Court into reversible error — Respondents submitted that Regulations, s. 159.3 *ultra vires* but submission having no merit — Court's decision in 2008 in *Canadian Council for Refugees v. Canada* rejected it; that decision binding herein — Federal Court's judgment set aside; applications for judicial review dismissed — Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, liberty and Security — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions preventing certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Since United States designated as safe third country, many refugee claimants arriving from United States ruled ineligible

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

— Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l'appel incident — Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu'elle n'est pas satisfaite des motifs de jugement — Le refus de la Cour fédérale d'accéder aux demandes de déclarations qu'il y avait contravention à l'art. 15 de la Charte et que l'art. 159.3 du Règlement outrepassait les pouvoirs conférés n'a entraîné aucune répercussion véritable et pratique pour les intimés, car les dispositions dont ils ont sollicité l'invalidation ont été invalidées, quoique pour violation de l'art. 7 et non de l'art. 15 de la Charte — L'art. 101(1)e) de la Loi et l'art. 159.3 du Règlement appartiennent à un régime légal dont les composantes sont interreliées — Ces deux dispositions n'existent pas en vase clos — L'exercice qui consiste à les examiner dans l'abstrait est artificiel — Le dossier qui a été monté devant la Cour fédérale portait sur les effets généraux de la désignation des États-Unis — Les demandes des intimés ne cadraient pas avec la nature du régime légal — Une fois qu'un pays est désigné, la véritable cause du maintien de la désignation ou de la révocation de cette dernière se trouve dans les examens prévus à l'art. 102(3) de la Loi et les actes administratifs connexes — Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés a dû être rejeté — En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application de l'art. 102(3) de la Loi et des actes administratifs connexes qui en ont justifié le maintien — Il incombait aux intimés d'en faire l'objet de leur recours; or, ce n'est pas ce qu'ils ont fait — La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu — Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal, tout particulièrement les examens prévus à l'art. 102(3) et les actes administratifs connexes — En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle — Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision — Les intimés ont fait valoir que l'art. 159.3 du Règlement était *ultra vires*, mais cet argument était dépourvu de fondement — La Cour l'a rejeté en 2008 dans l'arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*; cet arrêt liait la Cour — Le jugement de la Cour fédérale a été annulé et les demandes de contrôle judiciaire ont été rejetées — Appel accueilli, appel incident rejeté.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'appel et l'appel incident portaient sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Depuis que les États-Unis ont été désignés à titre de tiers pays sûr, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

for refugee protection in Canada, including individual respondents — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court — Alleged in particular that designation of U.S. as safe third country under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(e) infringing rights guaranteed by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Declared provisions of no force or effect under *Constitution Act, 1982*, s. 52 — On appeal, appellants focussing on Federal Court's finding of unjustifiable infringement of Charter, s. 7 — Respondents' Charter challenge in Federal Court offending practical rules that legislative provisions in interrelated legislative scheme cannot be taken in isolation, selectively challenged; where administrative action or administrative inaction under legislation is cause of rights' infringement, it, not legislation, must be challenged — Here, cause of any infringement not designation of United States 17 years ago but Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — Evidentiary basis too incomplete to allow for informed Charter adjudication on what really mattered in present case — Federal Court dealt with Charter challenge in way it was put, defended — In doing so, its attention was diverted away from important features of legislative scheme at issue — As well, principles of Charter litigation not argued before it — These things leading Federal Court into reversible error.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court — Alleged in particular that designation of U.S. as safe third country under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(e) infringing rights guaranteed by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — Ils ont soutenu plus particulièrement que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)(e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — L'appel des appelants a porté sur la conclusion tirée par la Cour fédérale quant à l'atteinte injustifiée aux droits protégés par l'art. 7 de la Charte — Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés devant la Cour fédérale a contrevenu aux règles pratiques selon lesquelles les dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément; et dans les cas où la violation des droits résulte d'un acte (ou d'une omission) administratif pris en application d'une loi, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que le recours doit porter — En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application de l'art. 102(3) de la Loi et des actes administratifs connexes — Le dossier de preuve était trop incomplet pour permettre de trancher de manière éclairée, à la lumière de la Charte, les questions qui importaient véritablement — La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu — Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal — En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle — Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — Ils ont soutenu plus particulièrement que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)(e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Charter, s. 1 — Given this conclusion, Federal Court found it unnecessary to deal with s. 15 issues — Respondents submitting that Federal Court obligated to deal with Charter, s. 15 challenge — Federal Court not so obligated — Court having discretion to deal with issues unnecessary to outcome of case — This applying to issues arising under Charter, s. 15 — Had it been necessary to decide Charter, s. 15 issues, Court would have had to assess whether it should determine the issues itself or send them back to the Federal Court to determine — Where, as, here, no factual findings made on s. 15 issues, generally best to send matter back to Federal Court because of its expertise in fact-finding — This was especially so here where Federal Court expressed concern about some evidence tendered in support of s. 15 claim that might affect its weight.

Practice — Cross-appeals — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court alleging in particular that designation of United States under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 159.3 *ultra vires* but Federal Court rejecting allegation — Appellants' submission that respondents' cross-appeal improper, should be summarily dismissed well founded — Cross-appeal lying when party seeking different disposition of judgment appealed from (*Federal Courts Rules*, r. 341) — Different disposition meaning remedy that will have real-life, practical consequences for party cross-appealing — Cross-appeal not lying simply because party dissatisfied with reasons for judgment — While Federal Court not granting specific declarations respondents seeking regarding Charter infringement, *ultra vires* issue, Federal Court's failure to do so not having any real-life, practical consequences for respondents — Respondents wanted provisions at issue struck down; such provisions struck because infringing Charter, s. 7 — Respondents taking issue with Federal Court's reasons, not its judgment — Therefore cross-appeal had to be dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*des droits et libertés* — La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'art. 15 — Les intimés ont fait valoir que la Cour fédérale devait aborder les questions relatives à l'art. 15 de la Charte — La Cour fédérale n'était pas obligée de le faire — Le tribunal peut, à sa discrétion, examiner ou non les questions qui ne sont pas déterminantes dans l'instance — C'est le cas des questions fondées sur l'art. 15 de la Charte — S'il avait été nécessaire de trancher les questions relatives à l'art. 15 de la Charte, il aurait fallu décider s'il y avait lieu pour la Cour de les trancher ou s'il fallait les renvoyer à la Cour fédérale — Dans les cas où, comme en l'espèce, aucune conclusion de fait n'a été tirée à l'égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits — C'était tout particulièrement le cas en l'espèce : la Cour fédérale a exprimé des réserves à propos de certains éléments produits à l'appui des arguments fondés sur l'art. 15; ces réserves étaient susceptibles de jouer sur la pondération des éléments.

Pratique — Appels incidents — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, alléguant notamment que la désignation des États-Unis sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la loi (*ultra vires*) mais la Cour fédérale a rejeté cette prétention — L'argument des appelants selon lequel l'appel incident des intimés a été interjeté à mauvais droit et devrait être rejeté de façon sommaire était bien fondé — Une partie peut interjeter un appel incident si elle entend demander la réformation du jugement porté en appel (règle 341 des *Règles des Cours fédérales*) — Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l'appel incident — Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu'elle n'est pas satisfaite des motifs de jugement — La Cour fédérale a refusé de prononcer les déclarations sollicitées par les intimés concernant une contravention à la Charte et la validité constitutionnelle, mais ce refus de la Cour fédérale n'a entraîné aucune répercussion véritable et pratique pour les intimés — Les intimés ont sollicité l'invalidation des dispositions en cause, et ces dispositions ont été invalidées pour violation de l'art. 7 de la Charte — Les intimés ont reproché à la Cour fédérale, non pas son jugement, mais ses motifs — Par conséquent, l'appel incident a dû être rejeté.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Nassar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) ..... 363**

Customs and Excise — *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* — NEXUS membership — Judicial review of decision by senior program advisor (advisor) with Canada Border Services Agency's (CBSA) Recourse Directorate concluding that applicant had contravened *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* (Act), upholding cancellation of applicant's NEXUS membership — Applicant intercepted by CBSA officer while waiting to board flight — Found in possession of more than CAD \$10,000.00 — Funds seized under Act — Balance of funds returned after applicable penalty paid — Officer also seizing applicant's NEXUS card — CBSA cancelling applicant's NEXUS membership as applicant no longer satisfying "eligibility criteria" of program — Advisor indicating, *inter alia*, that applicant had contravened Act even if error occurred without any intent to mislead or deceive CBSA — Explaining that when defining term "good character", applicants assessed as to whether they pose risk to integrity of CBSA's trusted traveller programs — Upholding cancellation of applicant's NEXUS membership — Applicant submitting no reasonable basis for advisor to uphold cancellation given that he accepted that applicant made honest mistake in failing to report currency — Whether decision unreasonable — Advisor's decision unreasonable — Term "of good character" not defined in *Presentation of Persons (2003) Regulations* — Good character determination involving evaluation of many factors related to whether CBSA can have requisite confidence in the person or not — Simply having contravened law not sufficient in and of itself to demonstrate that a person not of good character — That was fundamental flaw in advisor's decision — Advisor not explaining why he lost confidence in applicant — Several factors relevant in assessing seriousness of contravention, risk of non-compliance in future — Incumbent on advisor to explain why contravention justified cancellation of applicant's NEXUS membership — Link drawn between contravention, question of applicant's character not supported by any analysis — Advisor's failure to meaningfully grapple with this issue calling into question whether advisor actually alert, sensitive to matter before him — Decision lacking transparency, intelligibility, justification — Case synopsis, draft reasons for decision not supporting reasonableness of decision — Advisor had to provide at least some explanation of how he linked applicant's past behaviour to his future behaviour through assessment of his character — Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Nassar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)..... 363**

Douanes et Accise — *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* — Adhésion à NEXUS — Contrôle judiciaire de la décision d'un conseiller principal en matière de programmes (conseiller) de la Direction des recours de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui a conclu que le demandeur avait contrevenu à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (Loi), et a maintenu l'annulation de son adhésion au programme NEXUS — Le demandeur était en attente d'un vol lorsqu'il a été abordé par un agent de l'ASFC — Ce dernier a conclu qu'il était en possession de plus de 10 000 \$ CAN — L'argent a été saisi en vertu de la Loi — Le reste a été restitué après le paiement de la pénalité applicable — L'agent a aussi confisqué la carte NEXUS du demandeur — L'ASFC a annulé l'adhésion du demandeur à NEXUS au motif qu'il ne satisfaisait plus aux « critères d'admissibilité » de ce programme — Le conseiller a expliqué notamment que le demandeur avait contrevenu à la Loi, même s'il s'agissait d'une erreur commise hors de toute intention d'induire en erreur ou de tromper l'ASFC — Il a expliqué que, selon la définition du terme « bonne réputation », les demandeurs font l'objet d'une évaluation quant au risque qu'ils peuvent présenter pour l'intégrité des programmes des voyageurs dignes de confiance de l'ASFC — Il a maintenu l'annulation de l'adhésion du demandeur à NEXUS — Le demandeur a fait valoir que le conseiller n'avait aucun motif raisonnable de maintenir l'annulation, puisqu'il a admis que le demandeur avait commis une erreur de bonne foi en ne déclarant pas les espèces — Il s'agissait de savoir si la décision était déraisonnable — La décision du conseiller était déraisonnable — L'expression « jouit d'une bonne réputation » n'est pas définie dans le *Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane* — Un jugement quant à la bonne réputation emporte une évaluation des nombreux facteurs susceptibles d'influer sur la confiance que peut avoir ou non l'ASFC envers une personne — Une contravention à une loi ne suffit pas en soi à démontrer que quelqu'un ne jouit pas d'une bonne réputation — Il s'agissait du défaut fondamental de la décision du conseiller — Le conseiller n'a pas expliqué pourquoi il avait perdu confiance dans le demandeur — Plusieurs facteurs doivent être pris en considération dans l'appréciation de la gravité d'une contravention et du risque de non-conformité à l'avenir — Il incombait au conseiller de dire pourquoi la contravention justifiait l'annulation de l'adhésion du demandeur au programme NEXUS — Le lien qu'il a établi entre la contravention et la réputation du demandeur ne reposait sur aucun élément d'analyse — Le défaut du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Attorney General) v. Kattenburg (F.C.A.) ..... 410**

Food and Drugs — Labelling — Appeal from Federal Court decision setting aside decision of Canadian Food Inspection Agency, Complaints and Appeals Office (Agency) holding that “Product of Israel” labels on wines produced in West Bank complied with Canadian labelling legislation — Federal Court holding that labels false, misleading, deceptive — Agency interpreting, applying labelling requirements under *Food and Drugs Act, Consumer Packaging and Labelling Act* — Language in Canada-Israel Free Trade Agreement (CIFTA) not indicating that occupied territories part of Israel — Canada equating goods from territory where “Israel’s customs laws are applied” to goods originating in “Israel or another CIFTA beneficiary” — This distinction in line with Canada’s official position not to recognize occupied territories as part of Israel — Agency’s interpretation not consistent with text, context, purpose of legislation — Not possible to determine how Agency construed its legislation in coming to conclusion that labels compliant, including how pivotal issues addressed — Matter remitted to Agency — Appeal dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court setting aside decision of Canadian Food Inspection Agency, Complaints and Appeals Office (Agency) holding that “Product of Israel” labels on wines produced in West Bank complied with Canadian labelling legislation — Federal Court holding that labels false, misleading, deceptive — Decision rendered using standard of reasonableness before release of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* (S.C.C.) — Whether Federal Court identified, properly applied appropriate standard of review —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

conseiller de s’attarder de façon significative à la question a exhorté la Cour à se demander s’il a été effectivement attentif et sensible à l’affaire dont il était saisi — La décision manquait de transparence, d’intelligibilité et de justification — Le résumé de cas et l’ébauche de motifs de décision n’attestaient pas du caractère raisonnable de la décision — Le conseiller devait au moins fournir une certaine explication du lien qu’il établissait entre le comportement passé et le comportement futur du demandeur dans l’évaluation de sa réputation — Demande accueillie.

### **Canada (Procureur général) c. Kattenburg (C.A.F.) ..... 410**

Aliments et Drogues — Étiquetage — Appel visant un jugement de la Cour fédérale, qui a annulé la décision du Bureau des plaintes et des appels de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’Agence) selon laquelle des étiquettes comportant la mention [traduction] « “Produit d’Israël” » apposées sur des vins produits en Cisjordanie étaient conformes aux lois canadiennes sur l’étiquetage — La Cour fédérale a conclu que les étiquettes étaient fausses, trompeuses et mensongères — L’Agence a interprété et appliqué les exigences en matière d’étiquetage prévues dans la *Loi sur les aliments et drogues* et la *Loi sur l’emballage et l’étiquetage des produits de consommation* — Les mots de l’Accord de libre-échange Canada Israël (l’ALÉCI) n’indiquent pas que les territoires occupés font partie d’Israël — Le Canada définit les biens originaires d’un territoire auquel « s’applique la législation douanière d’Israël » comme étant des biens originaires « d’Israël ou d’un autre bénéficiaire de l’ALÉCI » — Cette distinction est conforme à la position officielle du Canada, qui ne reconnaît pas que les territoires occupés font partie d’Israël — L’interprétation de l’Agence n’était pas conforme au texte, au contexte et au but des dispositions législatives — Il a été impossible de déterminer la façon dont l’Agence a interprété ses lois habilitantes pour en venir à la conclusion que les étiquettes étaient conformes, y compris la façon dont elle a pris en considération les questions fondamentales — L’affaire a été renvoyée à l’Agence — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a annulé la décision du Bureau des plaintes et des appels de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’Agence) selon laquelle des étiquettes comportant la mention [traduction] « “Produit d’Israël” » apposées sur des vins produits en Cisjordanie étaient conformes aux lois canadiennes sur l’étiquetage — La Cour fédérale a conclu que les étiquettes étaient fausses, trompeuses et mensongères — Elle a prononcé sa décision sur le fondement de la norme de la décision raisonnable avant qu’une décision

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

It needed to be determined if Federal Court properly applied standard of reasonableness based on law as it stands post-*Vavilov* — Agency’s interpretation not consistent with text, context, purpose of legislation — Unclear how Agency construed its legislation in coming to conclusion that labels compliant — *Vavilov* clear that when confronted with absence of reasoned explanation, courts should refrain from determining proper outcome, providing required justification themselves — In post-*Vavilov* context, Federal Court should not have embarked on Agency’s task.

### **Gallardo v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 422

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — *Refugee Protection Division Rules* — Date of hearing — Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) upholding Refugee Protection Division’s (RPD) decision dismissing applicant’s claim for refugee protection on basis applicant had viable internal flight — Applicant challenging correctness of RPD ruling denying his request to adjourn hearing to accommodate scheduling conflict of his legal counsel — RPD finding that applicant not satisfying requirements of *Refugee Protection Division Rules*, r. 54 — RAD not finding errors in RPD decision — Whether RAD’s decision reasonable — Restrictive language of “exceptional circumstances” making it more difficult to obtain adjournment of scheduled RPD hearing — RPD failing to consider all relevant circumstances in determining if “exceptional circumstances” present — “Exceptional circumstances” not confined to situations involving vulnerable person or unexpected emergencies — RPD decision deficient, failing to take account of several factors favouring adjournment — R. 54(4) not eliminating obligation to consider relevant factors favouring granting of relief — Application allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

soit rendue dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov* (C.S.C.) — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et l’a appliquée de la bonne façon — Il fallait déterminer si elle avait appliqué cette norme de la bonne façon compte tenu du droit tel qu’il existe après l’arrêt *Vavilov* — L’interprétation de l’Agence n’était pas conforme au texte, au contexte et au but des dispositions législatives — Il a été impossible de déterminer la façon dont l’Agence a interprété ses lois habilitantes pour en venir à la conclusion que les étiquettes étaient conformes — L’arrêt *Vavilov* enseigne que les cours de révision, lorsqu’elles se trouvent devant une absence de raisonnement, doivent s’abstenir de rendre la décision qu’elles considèrent être la bonne et de fournir leur propre raisonnement — Dans le contexte juridique post-*Vavilov*, la Cour fédérale n’aurait pas dû se prêter à l’exercice qui était du ressort de l’Agence.

### **Gallardo c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 422

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — *Règles de la Section de la protection des réfugiés* — Date de l’instance — Contrôle judiciaire d’une décision de la Section d’appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de rejeter la demande d’asile du demandeur parce qu’il avait une possibilité de refuge intérieur viable — Le demandeur a contesté la justesse de la décision de la SPR de rejeter sa demande d’ajournement de l’audience pour accommoder un conflit d’horaire de son conseil juridique — La SPR a conclu que le demandeur n’avait pas satisfait aux exigences de la règle 54 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* — La SAR n’a trouvé aucune erreur dans les motifs de la SPR — Il s’agissait de savoir si la décision de la SAR était raisonnable — Le terme restrictif « circonstances exceptionnelles » fait en sorte qu’il est plus difficile d’obtenir un ajournement d’une audience prévue de la SPR — Toutefois, la SPR devait quand même tenir compte des facteurs pertinents qui militaient en faveur de l’ajournement — La SPR n’a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes afin de décider si des « circonstances exceptionnelles » étaient survenues — Les « circonstances exceptionnelles » ne se limitent pas à des situations où il est question d’une personne vulnérable ou d’urgences imprévues — La décision de la SPR comportait des lacunes, car elle ne tenait pas compte de plusieurs facteurs qui militaient en faveur de l’ajournement — Demande accueillie.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Deegan v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 960, [2020] 1 F.C.R. 411, has been affirmed on appeal (A-370-19, 2022 FCA 158). The reasons for judgment, handed down September 21, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2020 FCA 141, [2021] 1 F.C.R. 551, has been affirmed on appeal (2022 SCC 43). The reasons for judgment, handed down November 18, 2022, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Denso Manufacturing Canada, Inc. v. Canada (National Revenue)*, A-99-20, A-100-20, 2021 FCA 236, Webb J.A., judgment dated December 6, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused September 29, 2022.

*Gupta v. Canada*, A-228-19, 2021 FCA 31, Boivin J.A., judgment dated February 19, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused September 29, 2022.

*Peters First Nation v. Engstrom*, A-86-20, 2021 FCA 243, Rennie J.A., judgment dated December 20, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused October 20, 2022.

*Pharmascience Inc. v. Teva Canada Innovation*, A-315-20, A-316-20, A-4-21, 2022 FCA 2, Locke J.A., judgment dated January 6, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused September 29, 2022.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Deegan c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 960, [2020] 1 R.C.F. 411, a été confirmée en appel (A-370-19, 2022 CAF 158). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 21 septembre 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2020 CAF 141, [2021] 1 R.C.F. 551, a été confirmé en appel (2022 CSC 43). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 18 novembre 2022, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Denso Manufacturing Canada, Inc. c. Canada (Revenu national)*, A-99-20, A-100-20, 2021 CAF 236, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 6 décembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 septembre 2022.

*Gupta c. Canada*, A-228-19, 2021 CAF 31, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 19 février 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 septembre 2022.

*Première nation Peters c. Engstrom*, A-86-20, 2021 CAF 243, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 20 décembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 octobre 2022.

*Pharmascience Inc. c. Teva Canada Innovation*, A-315-20, A-316-20, A-4-21, 2022 CAF 2, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 6 janvier 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 septembre 2022.





## ERRATUM

On the cover of book [2021], Volume 2, Part 3 (book No. 210) change “Cited as [2021] 1 F.C.R.” to “Cited as [2021] 2 F.C.R.”.

In [2021], Volume 3, Part 1, at pages 48 (paragraph 2, line 7), 52 (in the list of statutes and regulations cited) and 54 (paragraph 2, line 6) the citation for the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* should read SOR/93-133.

## ERRATUM

Sur la couverture du livre [2021], Volume 2, 3<sup>e</sup> fascicule (livre n° 210), remplacer « Renvoi [2021] 1 R.C.F. » par « Renvoi [2021] 2 R.C.F. ».

Dans [2021], volume 3, 1<sup>er</sup> fascicule, aux pages 48 (paragraphe 2, ligne 9), 52 (dans la liste des lois et règlements cités) et 54 (paragraphe 2, ligne 6) la référence pour le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* qui devrait apparaître est DORS/93-133.



**Federal Courts  
Reports**

**2021, Vol. 3, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



IMM-6830-19  
2020 FC 761

IMM-6830-19  
2020 CF 761

**Afsaneh Salamat Ravandi** (*Applicant*)

**Afsaneh Salamat Ravandi** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: RAVANDI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : RAVANDI c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Norris J.—Vancouver, June 25; Ottawa, July 14, 2020.

Cour fédérale, juge Norris—Vancouver, 25 juin; Ottawa, 14 juillet 2020.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision granting respondent's application for cessation of applicant's refugee protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 108(2) — Applicant's refugee protection had ceased on basis applicant reavailed herself of protection of Iran; as provided for in Act, s. 108(1)(a), decision resulted in applicant's loss of refugee protection — RPD member stated that conclusions entirely dispositive of case; no need to consider other issues arising under Act, ss. 108(1)(b) through (e) — Applicant, Iranian, fled Iran for Turkey to escape forced marriage arranged by father — Obtained Convention refugee protection; became permanent resident of Canada — Later obtained Iranian passport, returned to Iran from Canada twice — Respondent then brought application under Act, s. 108(2) — Applicant not challenging directly determination that she reavailed herself of protection of Iran; rather submitted that, by adducing evidence her father was in jail in Turkey when she was in Iran, she put in play issue of whether reasons for which she sought refugee protection had ceased to exist, and thus her refugee protection had ceased under Act, s. 108(1)(e) (changed circumstances) — Consequently, according to applicant, member's passing reference to Act, s. 108(1)(e) in decision not meeting requirements of responsive justification as articulated in *Vavilov v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) — From record, no evidence before RPD that was potentially relevant to issue of changed circumstances — Whether RPD's decision reasonable — As result of RPD's determination, applicant lost permanent resident status; became inadmissible to Canada — Parliament has decided that certain collateral legal consequences not following for all refugees whose protection determined to have ceased — Such consequences follow for those whose protection found to have ceased under Act, s. 108(1)(a) to (d) but not under Act, s. 108(1)(e) — Applicant contending that,*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a accueilli la demande de constat de perte d'asile de la demanderesse présentée par le défendeur au titre de l'art. 108(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La demanderesse s'est réclamée de nouveau de la protection de l'Iran, ce qui a entraîné la perte de l'asile aux termes de l'art. 108(1)a) de la Loi — Le commissaire de la SPR a déclaré que ces conclusions étaient entièrement déterminantes dans l'affaire, et qu'il n'avait pas à examiner d'autres questions qui pourraient se poser au titre des art. 108(1)b) à 108(1)e) de la Loi — La demanderesse, une citoyenne de l'Iran, a fui l'Iran pour la Turquie pour éviter un mariage forcé organisé par son père — Elle a obtenu la qualité de réfugié au sens de la Convention et est devenue résidente permanente du Canada — Elle a par la suite obtenu un passeport iranien et est retournée en Iran deux fois — Le défendeur a ensuite présenté une demande au titre de l'art. 108(2) de la Loi — La demanderesse n'a pas contesté directement la conclusion selon laquelle elle s'est réclamée de nouveau de la protection de l'Iran; elle a plutôt soutenu que, en présentant des éléments de preuve montrant que son père était emprisonné en Turquie lorsqu'elle s'est rendue en Iran, elle avait mis en jeu la question de savoir si les raisons qui lui avaient fait demander l'asile avaient cessé d'exister, et donc qu'elle avait perdu l'asile en application de l'art. 108(1)e) de la Loi — Selon la demanderesse, l'allusion faite à l'art. 108(1)e) de la Loi par le commissaire dans sa décision ne respectait donc pas les exigences de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées, qui ont été établies dans l'arrêt *Vavilov c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — D'après le dossier, la SPR ne disposait pas d'éléments de preuve qui auraient pu être pertinents dans le contexte de la question du changement de circonstances — Il s'agissait de savoir si la*



given significantly more serious impact on her of determination that her refugee protection ceased under Act, s. 108(1)(a) because of reavilment as opposed to under s. 108(1)(e) because of changed circumstances, RPD's failure to address comparatively more serious impact of such determination, to justify its decision, such decision lacking requisite degree of justification, intelligibility, transparency — Where RPD having choice to make between finding that refugee protection ceased under any of ss.108(1)(a) through (d) or under s. 108(1)(e), opts for former; RPD required to explain choice with reasons demonstrating it has considered consequences of that decision; that those consequences justified in light of facts, law — Applicant not establishing that, whichever order issues were addressed, there was ever reasonable possibility that determination of respondent's cessation application would not result in loss of applicant's permanent resident status, her inadmissibility to Canada — Consequently, no further justification was required for why RPD not considering Act, s. 108(1)(e) beyond that which given — Having found refugee protection ceased because of reavilment, RPD not required to consider changed circumstances — Even if having done so, would not have made any difference to outcome for applicant — In present case, evidence of changed circumstances far from compelling — Given state of evidence, applicable legal test, far from obvious that RPD could reasonably find that refugee protection had ceased because of changed circumstances — Would also be unreasonable for RPD not to consider reavilment, ground advanced by respondent, given evidence capable of supporting that finding — Thus, RPD's determination that refugee protection ceased on basis of reavilment provided requisite degree of justification, intelligibility, transparency, even considering stakes for applicant — On facts of this case, outcome without deleterious collateral legal consequences of such determination not reasonable possibility — Application dismissed.

décision de la SPR était raisonnable — En raison de la décision de la SPR, la demanderesse a perdu le statut de résident permanent et elle est devenue interdite de territoire au Canada — Le législateur a décidé que certaines conséquences juridiques accessoires ne s'appliquaient pas à tous les réfugiés qui perdent l'asile — Ces conséquences s'appliquent à ceux qui perdent l'asile en application des art. 108(1)(a) à (d) de la Loi, mais pas aux réfugiés qui perdent l'asile en application de l'art. 108(1)(e) de la Loi — La demanderesse a soutenu que, puisque la décision de fonder la perte de l'asile sur l'art. 108(1)(a) de la Loi (parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays) plutôt que sur l'art. 108(1)(e) (en raison d'un changement de circonstances) a des répercussions beaucoup plus importantes pour elle, l'omission par la SPR de tenir compte des conséquences plus graves de sa décision et de justifier celle-ci a fait en sorte que la décision ne satisfaisait pas aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence — Lorsque la SPR a le choix de conclure à la perte de l'asile sur le fondement de l'un des art. 108(1)(a) à (d), d'une part, ou de l'art. 108(1)(e), d'autre part, et qu'elle choisit l'un des premiers alinéas, elle doit expliquer son choix au moyen de motifs qui démontrent qu'elle a tenu compte des conséquences de son choix et que celles-ci sont justifiées au regard des faits et du droit — La demanderesse n'a pas établi que, peu importe l'ordre dans lequel les motifs étaient abordés, il existait une possibilité raisonnable que la décision relative à la demande de constat de perte d'asile du défendeur n'entraîne pas la perte du statut de résident permanent pour la demanderesse ou son interdiction de territoire au Canada — Par conséquent, la SPR n'avait pas à justifier de façon plus détaillée la raison pour laquelle elle n'a pas examiné l'art. 108(1)(a) de la Loi — Après avoir conclu que la demanderesse avait perdu l'asile parce qu'elle s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays, le commissaire de la SPR n'était pas tenu d'examiner le changement de circonstances — Même s'il l'avait fait, cela n'aurait pas fait une différence pour la demanderesse — Dans la présente affaire, la preuve d'un changement de circonstances était loin d'être contraignante — Compte tenu de la preuve et du critère juridique applicable, il était loin d'être évident que la SPR aurait raisonnablement conclu à la perte de l'asile en raison d'un changement de circonstances — De plus, il aurait été déraisonnable pour la SPR de ne pas examiner le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, le motif qui a été avancé à l'origine par le défendeur; étant donné la preuve à l'appui de cette conclusion — Donc, la décision de la SPR selon laquelle la demanderesse a perdu l'asile parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays satisfaisait aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence, même compte tenu des enjeux pour la demanderesse — Il n'était pas raisonnablement possible, compte tenu des faits de la présente affaire, pour la SPR de rendre une décision n'entraînant pas de conséquences juridiques accessoires préjudiciables — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) granting the respondent's application for the cessation of the applicant's refugee protection under subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. It was determined that the applicant's refugee protection had ceased on the basis that the applicant had reavailed herself of the protection of Iran and, as provided for in paragraph 108(1)(a) of the Act, this resulted in the loss of refugee protection. The RPD member also stated that those conclusions were entirely dispositive of the case and that the other issues that might arise under paragraphs 108(1)(b) through (e) did not need to be considered.

The applicant, Iranian, fled Iran for Turkey to escape a forced marriage arranged by her father. In October 2009, a Canadian visa officer in Turkey determined that the applicant was a Convention refugee. The applicant eventually became a permanent resident of Canada. She obtained an Iranian passport when she did not have one previously. Using this passport, she returned to Iran from Canada twice. On these trips, the applicant became engaged to and then married an Iranian man. She then returned to Canada with her husband in February 2013. When the respondent brought an application under subsection 108(2) of the Act, he submitted, in particular, that the applicant had "voluntarily re-availed herself of the protection of her country of nationality" and, as a result, her refugee protection had ceased under paragraph 108(1)(a) of the Act. The applicant did not challenge directly the determination that she reavailed herself of the protection of Iran. Rather, she submitted that, by adducing evidence her father was in jail in Turkey when she was in Iran in 2011 and 2013, she put in play the issue of whether the reasons for which she sought refugee protection had ceased to exist and, as a result, that her refugee protection had ceased under paragraph 108(1)(e). Consequently, according to the applicant, the member's passing reference to paragraph 108(1)(e) in the decision did not meet the requirements of responsive justification as articulated in *Vavilov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. The applicant placed particular emphasis on the fact that she faced not only the loss of refugee protection but also, because the respondent sought cessation on the basis of reavailing under paragraph 108(1)(a), the loss of her permanent resident status and a determination that she was inadmissible to Canada; yet, these serious collateral legal consequences would not have followed from a finding that her refugee protection had ceased under paragraph 108(1)(e) on the basis of changed circumstances (section 40.1 and paragraph 46(1)(c.1) of the Act). She submitted that the RPD's brief treatment of paragraph 108(1)(e) did not reflect what was at stake for her in deciding that her refugee protection ceased because of reavailing under paragraph 108(1)(a) as opposed to changed circumstances under paragraph 108(1)(e). From the

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a accueilli la demande de constat de perte d'asile de la demanderesse présentée par le défendeur au titre du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Il a été déterminé que la demanderesse s'était réclamée de nouveau de la protection de l'Iran, ce qui a entraîné la perte de l'asile aux termes de l'alinéa 108(1)a) de la Loi. Le commissaire de la SPR a aussi déclaré que ces conclusions étaient entièrement déterminantes dans l'affaire, et qu'il n'avait pas à examiner d'autres questions qui pourraient se poser au titre des alinéas 108(1)b) à 108(1)e).

La demanderesse, une citoyenne de l'Iran, a fui l'Iran pour la Turquie pour éviter un mariage forcé organisé par son père. En octobre 2009, un agent des visas canadien en Turquie a conclu que la demanderesse avait qualité de réfugié au sens de la Convention. La demanderesse est par la suite devenue résidente permanente du Canada. Elle a obtenu un passeport iranien. (Elle n'en avait pas auparavant.) Grâce à ce passeport, elle est retournée en Iran deux fois. Au cours de ces voyages, la demanderesse s'est fiancée à un homme iranien et l'a épousé. Elle est revenue au Canada avec son époux en février 2013. Lorsqu'il a présenté une demande au titre du paragraphe 108(2) de la Loi, le défendeur a fait valoir plus particulièrement que la demanderesse s'était « réclamée de nouveau et volontairement de la protection du pays dont elle a la nationalité » et, par conséquent, qu'elle avait perdu l'asile en application de l'alinéa 108(1)a) de la Loi. La demanderesse n'a pas contesté directement la conclusion selon laquelle elle s'est réclamée de nouveau de la protection de l'Iran. Elle a plutôt soutenu que, en présentant des éléments de preuve montrant que son père était emprisonné en Turquie lorsqu'elle s'est rendue en Iran en 2011 et en 2013, elle avait mis en jeu la question de savoir si les raisons qui lui avaient fait demander l'asile avaient cessé d'exister, et donc qu'elle avait perdu l'asile en application de l'alinéa 108(1)e). Selon la demanderesse, l'allusion faite à l'alinéa 108(1)e) par le commissaire dans sa décision ne respectait donc pas les exigences de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées, qui ont été établies dans l'arrêt *Vavilov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. La demanderesse a insisté particulièrement sur le fait qu'elle était exposée non seulement à la perte de l'asile, mais également à la perte de son statut de résident permanent et à une déclaration d'interdiction de territoire au Canada, puisque la demande du défendeur était fondée sur le fait qu'elle s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays aux termes de l'alinéa 108(1)a), alors que ces conséquences juridiques graves et accessoires n'auraient pas découlé de la conclusion selon laquelle elle avait perdu l'asile en application de l'alinéa 108(1)e) en raison d'un changement de circonstances (article 40.1 et alinéa 46(1)(c.1) de la Loi). Elle

record, there was no evidence before the RPD that was potentially relevant to the issue of changed circumstances with some minor exceptions. It appeared that the focus of the applicant's response to the respondent's application for cessation was not changed circumstances but what the RPD member termed "humanitarian and compassionate grounds." However, the law afforded him no jurisdiction in that proceeding to consider humanitarian and compassionate grounds for relief.

The RPD member first considered reavailment under paragraph 108(1)(a) of the Act. He correctly stated that the test for reavailment has three requirements: the protected person must act voluntarily; she must intend to reavail herself of the protection of the country of nationality; and she must actually obtain that protection. The member also correctly indicated that the respondent had the burden of proving reavailment on a balance of probabilities. He then stated that he was satisfied that the three elements of reavailment were met and set out his reasons.

The issue was whether the RPD's decision was reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The loss of refugee protection because of a determination that it has ceased under subsection 108(2) of the Act is a serious matter with significant potential consequences for the person affected. Moreover, if the person affected is a permanent resident and refugee protection is found to have ceased under any of paragraphs 108(1)(a) through (d) of the Act, this determination entails not only the loss of refugee protection but also the loss of permanent resident status. The person also becomes inadmissible to Canada. The seriousness of such collateral legal consequences were evident from the bare facts of the applicant's case. As a result of the RPD's determination, she lost the permanent resident status she held since March 2010 and was inadmissible to the country that had been her home for a decade. Importantly, Parliament has determined that these collateral legal consequences do not follow for all refugees whose protection is found to have ceased; rather, they follow only for those whose protection is found to have ceased under paragraphs 108(1)(a) through (d) of the Act. They do not

être soutenu que le traitement succinct réservé par la SPR à l'alinéa 108(1)e ne reflétait pas les enjeux pour elle de la décision de fonder la perte de l'asile sur le fait qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays (alinéa 108(1)a)), plutôt que sur le changement de circonstances (108(1)e)). D'après le dossier, la SPR ne disposait pas d'éléments de preuve qui auraient pu être pertinents dans le contexte de la question du changement de circonstances, à quelques petites exceptions près. Il semble que la réponse de la demanderesse à la demande de constat de perte d'asile du défendeur n'ait pas porté principalement sur le changement de circonstances, mais plutôt sur ce que le commissaire a appelé des « motifs d'ordre humanitaire ». Toutefois, la loi ne lui accordait aucune compétence dans cette affaire pour examiner la prise de mesures pour des motifs d'ordre humanitaire.

Le commissaire de la SPR a d'abord examiné l'alinéa 108(1)a) de la Loi, soit le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays. Il a déclaré à juste titre que le critère applicable à cet égard comportait trois éléments : la personne protégée doit avoir agi volontairement, elle doit avoir accompli intentionnellement l'acte par lequel elle s'est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité et elle doit avoir effectivement obtenu cette protection. Le commissaire a également indiqué à juste titre qu'il incombait au défendeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la personne s'est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité. Il a ensuite déclaré que, pour les motifs qu'il allait énoncer, il était convaincu que les trois éléments du critère étaient remplis.

Il s'agissait de savoir si la décision de la SPR était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La perte de l'asile à la suite d'une décision rendue en application du paragraphe 108(2) de la Loi est une question grave, qui peut avoir des répercussions importantes pour la personne visée. De plus, si la personne visée est un résident permanent et que la perte de l'asile est fondée sur l'un des motifs énoncés aux alinéas 108(1)a) à d) de la Loi, la décision rendue entraîne non seulement la perte de l'asile, mais également la perte du statut de résident permanent. La personne devient également interdite de territoire au Canada. La gravité de ces conséquences juridiques accessoires ressortait clairement des faits de l'espèce. En raison de la décision de la SPR, la demanderesse a perdu le statut de résident permanent qu'elle détenait depuis mars 2010 et elle était interdite de territoire au Canada, où elle réside depuis une décennie. Il était important de souligner que le législateur a décidé que ces conséquences juridiques accessoires ne s'appliquaient pas à tous les réfugiés qui perdent l'asile, mais seulement à ceux qui perdent l'asile en application des alinéas 108(1)a) à d) de la Loi. Elles

follow for a refugee whose protection is found to have ceased under paragraph 108(1)(e) on the basis that “the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist” (see subsection 40.1(2) and paragraph 46(1)(c.1) of the Act). Thus, by determining upon which ground cessation is ordered—any of those found in paragraphs 108(1)(a) through (d) or, instead, the one found in paragraph 108(1)(e)—the RPD determines (indirectly) whether these collateral legal consequences will arise in a given case or not.

There was no suggestion that, viewed in isolation, the RPD’s determination that the applicant’s refugee protection had ceased under paragraph 108(1)(a) of the Act and the reasons it provided did not exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency given the seriousness of the question at issue—namely, whether the applicant should lose refugee protection. Rather, the applicant contended that, given the significantly more serious impact on her (given the collateral legal consequences) of a determination that her refugee protection ceased under paragraph 108(1)(a) because of reavilment as opposed to under paragraph 108(1)(e) because of changed circumstances, the RPD’s failure to address the comparatively more serious impact of such a determination and justify its decision in light of this left the decision lacking the requisite degree of justification, intelligibility and transparency. Where the RPD has a choice to make between, on the one hand, finding that refugee protection has ceased under any of paragraphs 108(1)(a) through (d) or, on the other hand, under paragraph 108(1)(e), and it opts for the former rather than the latter, it is required to explain the choice with reasons that demonstrate that it has considered the consequences of that decision and that those consequences are justified in light of the facts and law. In framing the issues to be decided, the RPD member noted that, on the evidence before him, the pertinent provisions of the Act were paragraphs 108(1)(a) and 108(1)(e)—that is, reavilment and changed circumstances. As the applicant correctly observed, in theory the RPD member could have approached the issues he had identified in either order—reavilment first and then changed circumstances (as actually happened) or changed circumstances first and then reavilment. The applicant did not establish that, whichever order the issues were addressed, there was ever a reasonable possibility that the determination of the respondent’s cessation application would not result in the loss of the applicant’s permanent resident status and her inadmissibility to Canada. Consequently, no further justification was required for why the RPD did not consider paragraph 108(1)(e) of the Act beyond that which was given.

ne s’appliquent pas aux réfugiés qui perdent l’asile en application de l’alinéa 108(1)e), c’est-à-dire au motif que « les raisons qui [leur] ont fait demander l’asile n’existent plus » (voir le paragraphe 40.1(2) et l’alinéa 46(1)c.1) de la Loi). Ainsi, lorsqu’elle choisit le motif sur le fondement duquel la perte de l’asile est ordonnée dans un cas donné—l’un de ceux figurant aux alinéas 108(1)a) à d) ou, plutôt, celui figurant à l’alinéa 108(1)e) — la SPR se prononce (indirectement) sur la question de savoir si les conséquences juridiques accessoires s’appliqueront ou non.

Rien n’indiquait que la décision de la SPR selon laquelle la demanderesse a perdu l’asile en application de l’alinéa 108(1)a) de la Loi et les motifs qu’elle a donnés à l’appui, examinés isolément, ne satisfaisaient pas aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence étant donné la gravité de la question en litige, soit la question de savoir si la demanderesse devrait perdre l’asile. La demanderesse a plutôt soutenu que, puisque la décision de fonder la perte de l’asile sur l’alinéa 108(1)a) (parce qu’elle s’est réclamée de nouveau de la protection de son pays) plutôt que sur l’alinéa 108(1)e) (en raison d’un changement de circonstances) a des répercussions beaucoup plus importantes pour elle (puisque’elle entraîne des conséquences juridiques accessoires), l’omission par la SPR de tenir compte des conséquences plus graves de sa décision et de justifier celle-ci a fait en sorte que la décision ne satisfaisait pas aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence. Lorsque la SPR a le choix de conclure à la perte de l’asile sur le fondement de l’un des alinéas 108(1)a) à d), d’une part, ou de l’alinéa 108(1)e), d’autre part, et qu’elle choisit l’un des premiers alinéas au lieu du dernier, elle doit expliquer son choix au moyen de motifs qui démontrent qu’elle a tenu compte des conséquences de son choix et que celles-ci sont justifiées au regard des faits et du droit. Lorsqu’il a formulé les questions à trancher, le commissaire de la SPR a noté que, selon la preuve dont il disposait, les dispositions pertinentes de la Loi étaient les alinéas 108(1)a) et 108(1)e), qui portent respectivement sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays et le fait que les circonstances ont changé. Comme la demanderesse l’a fait observer à juste titre, en théorie, le commissaire de la SPR aurait pu aborder les motifs qu’il a soulevés dans un ordre ou dans l’autre—le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays en premier, suivi du changement de circonstances (c’est ce qu’il a fait) ou le changement de circonstances en premier, suivi du fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays. La demanderesse n’a pas établi que, peu importe l’ordre dans lequel les motifs étaient abordés, il existait une possibilité raisonnable que la décision relative à la demande de constat de perte d’asile du défendeur n’entraîne pas la perte du statut de résident permanent pour la demanderesse ou son interdiction de territoire au Canada. Par conséquent, la SPR n’avait pas à justifier de façon plus détaillée la raison pour laquelle elle n’a pas examiné l’alinéa 108(1)e) de la Loi.

As well, the applicant argued that, after dealing with reavailing, the member should have gone on to consider changed circumstances because there was uncontradicted and undisputed evidence that her refugee status had ceased on this ground as well. Having found refugee protection had ceased because of reavailing, the RPD member was not required to go on to consider changed circumstances. Further, even if he had gone on to do so, it would not have made any difference to the outcome for the applicant. Paragraph 46(1)(c.1) of the Act states that a person loses permanent resident status “on a final determination under subsection 108(2) that their refugee protection has ceased for any of the reasons described in paragraphs 108(1)(a) to (d).” The omission of paragraph 108(1)(e) from this provision means that a person does not lose permanent resident status on a final determination that their refugee protection has ceased on that ground. There appears to be a principled basis for treating cessation under paragraph 108(1)(e) differently. Unlike the grounds set out in paragraphs 108(1)(a) to (d), refugee protection under paragraph 108(1)(e) ceases even though the person did not do anything to bring about this result. There was no indication that the RPD was asked to consider changed circumstances first. While this was an important consideration, it would not be fair to treat it as determinative here. In this case, the evidence of changed circumstances was far from compelling. It was very much an open question whether the applicant’s father’s imprisonment in Turkey on a sentence of unknown duration could constitute the sort of durable change necessary to establish that, in the words of paragraph 108(1)(e), “the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist”. Further, there was no evidence that circumstances had changed in any way respecting the applicant’s other agents of persecution. Given the state of the evidence and the applicable legal test, it was far from obvious that the RPD could reasonably find that refugee protection had ceased because of changed circumstances. And if the RPD was not persuaded the refugee protection ceased because of changed circumstances, it would be unreasonable for it not to go on to consider reavailing, the ground advanced by the respondent in the first place, given the evidence capable of supporting that finding. Applying the test of responsive justification articulated in *Vavilov*, this meant that there was no need for the RPD to “grapple” with the consequences of determining that the applicant’s refugee protection had ceased on the basis of reavailing instead of changed circumstances, to explain why that decision best reflected the legislature’s intention, or to demonstrate that it had considered the consequences of this choice and justified them in light of the facts and the law. The RPD’s determination that refugee protection had ceased on the basis of reavailing—a determination that stood unchallenged in this application—provided the requisite degree of justification, intelligibility and transparency, even considering all that was at stake for the applicant. Since an outcome without the deleterious collateral legal consequences of this determination was not a reasonable

En outre, la demanderesse a soutenu qu’après avoir examiné le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, le commissaire aurait dû examiner le changement de circonstances, parce qu’il existait une preuve non contredite et non contestée selon laquelle elle avait perdu l’asile pour ce motif également. Après avoir conclu que la demanderesse avait perdu l’asile parce qu’elle s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays, le commissaire de la SPR n’était pas tenu d’examiner le changement de circonstances. De plus, même s’il l’avait fait, cela n’aurait pas fait une différence pour la demanderesse. L’alinéa 46(1)(c.1) de la Loi prévoit qu’emporte perte du statut de résident permanent « la décision prise, en dernier ressort, au titre du paragraphe 108(2) entraînant, sur constat des faits mentionnés à l’un des alinéas 108(1)(a) à (d), la perte de l’asile ». L’omission de l’alinéa 108(1)(e) signifie que la décision prise en dernier ressort, entraînant la perte de l’asile, n’emporte pas perte du statut de résident permanent. Le fait de réserver un traitement différent à la perte de l’asile constatée en application de l’alinéa 108(1)(e) semble reposer sur un fondement rationnel. En effet, contrairement à la perte de l’asile fondée sur les motifs énoncés aux alinéas 108(1)(a) à (d), la perte de l’asile fondée sur le motif énoncé à l’alinéa 108(1)(e) ne découle pas des actes du réfugié. Rien n’indiquait qu’on a demandé à la SPR d’examiner le changement de circonstances en premier. Bien qu’il s’agisse d’une considération importante, il ne serait pas juste de la traiter comme une considération déterminante en l’espèce. Dans la présente affaire, la preuve d’un changement de circonstances était loin d’être contraignante. La question se posait toujours de savoir si l’emprisonnement du père de la demanderesse en Turquie pour une durée inconnue pouvait constituer le type de changement durable nécessaire pour établir, aux termes de l’alinéa 108(1)(e), que « les raisons qui lui ont fait demander l’asile n’existent plus ». De plus, rien n’indiquait que les circonstances avaient changé de quelque façon que ce soit en ce qui concerne les autres agents de persécution de la demanderesse. Compte tenu de la preuve et du critère juridique applicable, il était loin d’être évident que la SPR aurait raisonnablement conclu à la perte de l’asile en raison d’un changement de circonstances. De plus, si la SPR n’était pas convaincue que la perte de l’asile découlait d’un changement de circonstances, il aurait été déraisonnable pour elle de ne pas examiner ensuite le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, soit le motif qui a été avancé à l’origine par le défendeur, étant donné la preuve à l’appui de cette conclusion. L’application du critère de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées, qui a été formulé dans l’arrêt *Vavilov*, signifiait qu’il n’était pas nécessaire pour la SPR de « traiter » des conséquences de la décision selon laquelle la demanderesse a perdu l’asile parce qu’elle s’est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité plutôt qu’en raison d’un changement de circonstances, d’expliquer pourquoi cette décision reflétait le mieux l’intention du législateur ou de démontrer qu’elle a tenu compte des conséquences de son choix et les a



possibility on the facts of this case, the RPD’s statement that, because the reavailing finding was “entirely dispositive” of the matter, it was not necessary to “consider any other issues that may arise under subsections 108(1)(b) through (e)”, also exhibited the requisite degree of justification, intelligibility and transparency notwithstanding the collateral consequences that followed from the reavailing finding.

justifiées au regard des faits et du droit. La décision de la SPR selon laquelle la demanderesse a perdu l’asile parce qu’elle s’est réclamée de nouveau de la protection de son pays—une décision qui n’a pas été contestée dans la présente demande — satisfaisait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence, même compte tenu des enjeux pour la demanderesse. Comme il n’était pas raisonnablement possible, compte tenu des faits de la présente affaire, pour la SPR de rendre une décision n’entraînant pas de conséquences juridiques accessoires préjudiciables, la déclaration de la SPR portant qu’il n’était pas nécessaire pour elle d’« examiner d’autres questions qui pourraient se poser au titre des alinéas 108(1)(b) à 108(1)(e) », puisque la conclusion selon laquelle la demanderesse s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays était « entièrement déterminant[e] » dans la présente affaire, satisfaisait aussi aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence, malgré les conséquences accessoires qui en ont découlé.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 40.1, 46(1)(c.1), 72(1), 74(d), 108.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Vavilov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1.

##### CONSIDERED:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Al-Obeidi*, 2015 FC 1041.

##### REFERRED TO:

*Thapachetri v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 600; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *Tung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1224; *Lu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1060.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision (*X (Re)*, 2019 CanLII 145305) granting the respondent’s application for the cessation of the applicant’s refugee protection under subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 40.1, 46(1)c.1, 72(1), 74d), 108.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Vavilov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Al-Obeidi*, 2015 CF 1041.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Thapachetri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 600; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *Tung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1224; *Lu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1060.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (*X (Re)*, 2019 CanLII 145305), qui a accueilli la demande de constat de perte d’asile de la demanderesse présentée par le défendeur au titre du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.



## APPEARANCES

*Douglas Cannon* for applicant.  
*Robert Gibson* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver,  
for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada*  
for respondent.

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

NORRIS J.:

I. Overview

[1] The applicant, Afsaneh Salamat Ravandi, is a 35-year-old citizen of Iran. In 2007, she fled Iran for Turkey to escape a forced marriage arranged by her father. In October 2009, a Canadian visa officer in Turkey determined that Ms. Ravandi is a Convention refugee. In March 2010, Ms. Ravandi became a permanent resident of Canada.

[2] In June 2011, Ms. Ravandi obtained an Iranian passport. (She had not had one previously.) Using this passport, she returned to Iran from Canada twice: first in July 2011, when she stayed for five months, and again in January 2013, when she stayed for 38 days. On these trips, Ms. Ravandi became engaged to and then married an Iranian man. (Needless to say, her husband is not the man to whom her father had arranged for her to be married.) Ms. Ravandi returned to Canada with her husband in February 2013.

[3] On March 24, 2014, the Minister of Public Safety brought an application under subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) for a determination by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board of Canada that Ms. Ravandi's refugee protection had ceased. More particularly, as set out in the notice of application, the Minister submitted that Ms. Ravandi

## ONT COMPARU :

*Douglas Cannon* pour la demanderesse.  
*Robert Gibson* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, pour  
la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour  
le défendeur.

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

LE JUGE NORRIS :

I. Aperçu

[1] La demanderesse, Afsaneh Salamat Ravandi, est une citoyenne de l'Iran âgée de 35 ans. En 2007, elle a fui l'Iran pour la Turquie pour éviter un mariage forcé organisé par son père. En octobre 2009, un agent des visas canadien en Turquie a conclu que M<sup>me</sup> Ravandi avait qualité de réfugié au sens de la Convention. En mars 2010, M<sup>me</sup> Ravandi est devenue résidente permanente du Canada.

[2] En juin 2011, M<sup>me</sup> Ravandi a obtenu un passeport iranien. (Elle n'en avait pas auparavant.) Grâce à ce passeport, elle est retournée en Iran deux fois : la première fois en juillet 2011, pour un séjour de cinq mois, et de nouveau en janvier 2013, pour une période de 38 jours. Au cours de ces voyages, M<sup>me</sup> Ravandi s'est fiancée à un homme iranien et l'a épousé. (Il va sans dire que son époux n'est pas l'homme à qui son père avait convenu de la marier.) M<sup>me</sup> Ravandi est revenue au Canada avec son époux en février 2013.

[3] Le 24 mars 2014, le ministre de la Sécurité publique a présenté à la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié une demande de constat de perte d'asile au titre du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Plus particulièrement, comme il est indiqué dans l'avis de demande, le ministre a fait valoir que M<sup>me</sup> Ravandi

had “voluntarily reavailed herself of the protection of her country of nationality” and, as a result, her refugee protection had ceased under paragraph 108(1)(a) of the IRPA. In support of the application, the Minister filed, among other things, a copy of Ms. Ravandi’s Iranian passport showing her trips to Iran and an interview with Ms. Ravandi by a Canada Border Services Officer on December 18, 2013, in which she was questioned about these trips.

[4] The cessation hearing took place on October 2, 2019. Ms. Ravandi represented herself. Regrettably, the recording equipment malfunctioned. As a result, there is no record of the proceeding.

[5] For written reasons dated October 17, 2019 [*X (Re)*, 2019 CanLII 145305 (I.R.B.)], the RPD granted the Minister’s application on the basis that Ms. Ravandi had reavailed herself of the protection of Iran and, as provided for in paragraph 108(1)(a) of the IRPA, this results in the loss of refugee protection. The RPD member also stated [at paragraph 35]: “These conclusions are entirely dispositive of this case, and I need not consider any other issues that may arise under subsections 108(1)(b) through (e) [of the IRPA].”

[6] Ms. Ravandi now applies for judicial review of this decision under subsection 72(1) of the IRPA. She does not challenge directly the determination that she reavailed herself of the protection of Iran. Rather, she submits that, by adducing evidence her father was in jail in Turkey when she was in Iran in 2011 and 2013, she put in play the issue of whether the reasons for which she sought refugee protection had ceased to exist and, as a result, that her refugee protection had ceased under paragraph 108(1)(e). Consequently, according to Ms. Ravandi, the member’s passing reference to paragraph 108(1)(e) in the decision does not meet the requirements of responsive justification as they have been articulated in *Vavilov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [Vavilov], 2019 SCC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, 441 D.L.R. (4th) 1, given what was at stake for her in the cessation application. Ms. Ravandi places

s’était [TRADUCTION] « réclamée de nouveau et volontairement de la protection du pays dont elle a la nationalité » et, par conséquent, qu’elle avait perdu l’asile en application de l’alinéa 108(1)a) de la LIPR. À l’appui de sa demande, le ministre a déposé, entre autres, une copie du passeport iranien de M<sup>me</sup> Ravandi attestant ses voyages en Iran ainsi qu’une entrevue menée par un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada avec M<sup>me</sup> Ravandi le 18 décembre 2013, au cours de laquelle celle-ci a été interrogée au sujet de ces voyages.

[4] L’audience relative à la perte de l’asile s’est déroulée le 2 octobre 2019. M<sup>me</sup> Ravandi s’est représentée elle-même. Malheureusement, l’équipement d’enregistrement a mal fonctionné. Par conséquent, il n’y a aucun compte rendu de la procédure.

[5] Dans ses motifs écrits datés du 17 octobre 2019 [*X (Re)*, 2019 CanLII 145305 (C.I.S.R.)], la SPR a fait droit à la demande du ministre, au motif que M<sup>me</sup> Ravandi s’était réclamée de nouveau de la protection de l’Iran, ce qui entraîne la perte de l’asile aux termes de l’alinéa 108(1)a) de la LIPR. Le commissaire de la SPR a aussi déclaré [au paragraphe 35] : « Ces conclusions sont entièrement déterminantes dans la présente affaire, et je n’ai pas à examiner d’autres questions qui pourraient se poser au titre des alinéas 108(1)b) à 108(1)e) [de la LIPR] ».

[6] M<sup>me</sup> Ravandi demande maintenant le contrôle judiciaire de cette décision, conformément au paragraphe 72(1) de la LIPR. Elle ne conteste pas directement la conclusion selon laquelle elle s’est réclamée de nouveau de la protection de l’Iran. Elle soutient plutôt que, en présentant des éléments de preuve montrant que son père était emprisonné en Turquie lorsqu’elle s’est rendue en Iran en 2011 et en 2013, elle avait mis en jeu la question de savoir si les raisons qui lui avaient fait demander l’asile existaient toujours, et donc qu’elle avait perdu l’asile en application de l’alinéa 108(1)e). Selon M<sup>me</sup> Ravandi, l’allusion faite à l’alinéa 108(1)e) par le commissaire dans sa décision ne respecte pas les exigences de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées, qui ont été établies dans l’arrêt *Vavilov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 compte tenu des enjeux pour elle de

particular emphasis on the fact that she faced not only the loss of refugee protection but also, because the Minister sought cessation on the basis of reavilment under paragraph 108(1)(a), the loss of her permanent resident status and a determination that she is inadmissible to Canada yet these serious collateral legal consequences would not have followed from a finding that her refugee protection had ceased under paragraph 108(1)(e) on the basis of changed circumstances: see section 40.1 and paragraph 46(1)(c.1) of the IRPA. She submits that the RPD's brief treatment of paragraph 108(1)(e) does not reflect what was at stake for her in deciding that her refugee protection ceased because of reavilment under paragraph 108(1)(a) as opposed to changed circumstances under paragraph 108(1)(e).

[7] As I will explain, I agree with Ms. Ravandi that it follows from *Vavilov* that, where the RPD has a choice to make between different grounds on which to cease refugee protection and opts for a ground that carries deleterious collateral consequences for the individual instead of a ground that does not entail those consequences, the reasons provided for doing so must reflect what is at stake for the individual—namely, not only the loss of refugee protection but also those deleterious collateral consequences. However, she has not persuaded me that avoidance of the collateral consequences she now faces as a result of the RPD's decision—namely, the loss of her permanent resident status and inadmissibility to Canada—was a reasonable possibility in her case. As a result, while the RPD's reasons for not addressing changed circumstances are very brief, viewed in the context of the entire decision and the case as a whole, they meet the requirements of justification, intelligibility and transparency. This application for judicial review must, therefore, be dismissed.

## II. Decision Under Review

[8] Section 108 of the IRPA reads in relevant part as follows:

la demande de constat de perte d'asile. M<sup>me</sup> Ravandi insiste particulièrement sur le fait qu'elle était exposée non seulement à la perte de l'asile, mais également à la perte de son statut de résident permanent et à une déclaration d'interdiction de territoire au Canada, puisque la demande du ministre était fondée sur le fait qu'elle s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays aux termes de l'alinéa 108(1)a), alors que ces conséquences juridiques graves et accessoires n'auraient pas découlé de la conclusion selon laquelle elle avait perdu l'asile en application de l'alinéa 108(1)e), soit en raison d'un changement de circonstances : voir l'article 40.1 et l'alinéa 46(1)c.1) de la LIPR. Elle soutient que le traitement succinct réservé par la SPR à l'alinéa 108(1)e) ne reflète pas les enjeux pour elle de la décision de fonder la perte de l'asile sur le fait qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays (alinéa 108(1)a)), plutôt que sur le changement de circonstances (108(1)e)).

[7] Comme je vais l'expliquer, je suis d'accord avec M<sup>me</sup> Ravandi pour dire que, suivant l'arrêt *Vavilov*, lorsque la SPR peut conclure à la perte de l'asile pour différents motifs et qu'elle choisit un motif qui entraîne des conséquences accessoires préjudiciables pour la personne plutôt qu'un motif qui n'entraîne pas ce genre de conséquence, les motifs de la SPR doivent refléter les enjeux pour la personne, c'est-à-dire non seulement la perte de l'asile, mais également les conséquences accessoires préjudiciables. Or, M<sup>me</sup> Ravandi ne m'a pas convaincu qu'il aurait été raisonnablement possible pour elle d'éviter les conséquences accessoires auxquelles elle est maintenant exposée, à savoir la perte de son statut de résident permanent et son interdiction de territoire au Canada, en raison de la décision de la SPR. Par conséquent, bien que les motifs pour lesquels la SPR n'a pas examiné le changement de circonstances aient été très brefs, dans le contexte de l'ensemble de la décision et de l'affaire, ils respectent les exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence. La demande de contrôle judiciaire doit donc être rejetée.

## II. Décision faisant l'objet du contrôle

[8] L'article 108 de la LIPR est ainsi rédigé en partie :

### Cessation of Refugee Protection

#### Rejection

**108 (1)** A claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not a Convention refugee or a person in need of protection, in any of the following circumstances:

(a) the person has voluntarily reavailed themselves of the protection of their country of nationality;

...

(e) the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist.

#### Cessation of refugee protection

(2) On application by the Minister, the Refugee Protection Division may determine that refugee protection referred to in subsection 95(1) has ceased for any of the reasons described in subsection (1).

#### Effect of decision

(3) If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected.

[9] As noted, the Minister sought a determination under subsection 108(2) that Ms. Ravandi's refugee protection had ceased because she had reavailed herself of the protection of Iran, her country of nationality—i.e. that Ms. Ravandi was a person described in paragraph 108(1)(a). The Minister did not rely on any other grounds for cessation apart from this.

[10] The RPD member [at paragraph 21] articulated his understanding of the RPD's jurisdiction to consider grounds for cessation as follows:

The RPD has jurisdiction to address any grounds for cessation arising from the Minister's application, and to determine cessation on the basis of any grounds identified in the application. The RPD is not compelled to consider, nor prevented from considering, alternate grounds. It is not necessary for the RPD to consider other possible grounds for cessation if it concludes that one ground of cessation has been satisfied. However, where there is uncontradicted and undisputed evidence of cessation under a particular ground, the RPD should consider that ground. [Footnote omitted.]

### Perte de l'asile

#### Rejet

**108 (1)** Est rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger dans tel des cas suivants :

a) il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité;

[...]

e) les raisons qui lui ont fait demander l'asile n'existent plus.

#### Perte de l'asile

(2) L'asile visé au paragraphe 95(1) est perdu, à la demande du ministre, sur constat par la Section de protection des réfugiés, de tels des faits mentionnés au paragraphe (1).

#### Effet de la décision

(3) Le constat est assimilé au rejet de la demande d'asile.

[9] Comme je l'ai déjà indiqué, le ministre a demandé un constat de perte d'asile au titre du paragraphe 108(2) au motif que M<sup>me</sup> Ravandi s'est réclamée de nouveau de la protection de l'Iran, le pays dont elle a la nationalité. Autrement dit, le ministre soutient que M<sup>me</sup> Ravandi est visée par l'alinéa 108(1)a). Le ministre n'a pas invoqué d'autres motifs pour la perte de l'asile.

[10] Le commissaire de la SPR [au paragraphe 21] a formulé ainsi sa compréhension de la compétence de la SPR pour examiner les motifs de perte de l'asile :

La SPR a compétence pour examiner tout motif de perte de l'asile découlant de la demande du ministre et pour trancher une demande de constat de perte d'asile à la lumière de tout motif qui est énoncé dans la demande. La SPR n'est pas obligée de tenir compte d'autres motifs, et rien ne l'empêche de le faire. Il n'est pas nécessaire que la SPR examine les autres motifs possibles de perte de l'asile si elle conclut qu'un des motifs de perte de l'asile s'applique. Toutefois, lorsqu'il existe des éléments de preuve non contredits et non contestés de la perte de l'asile pour un motif en particulier, la SPR devrait tenir compte de ce motif. [Note de bas de page omise.]

[11] In the footnote I have omitted, the member cites *Canada (Citizenship and Immigration) v. Al-Obeidi* [Al-Obeidi], 2015 FC 1041, at paragraph 22. Justice O'Reilly states the following there:

In sum, on a cessation application by the Minister, the Board can consider any ground set out in s. 108(1) of IRPA. If the respondent refugee persuades the Board, or concedes, that his or her status has ceased by virtue of a change of country conditions (s. 108(1)(e)), the Board has discretion to consider other grounds. It is neither compelled to do so, nor prevented from doing so. However, where there is uncontradicted and undisputed evidence that the refugee's status has ceased under another ground (e.g., acquisition of citizenship in a country capable of protection), the Board should consider it.

[12] As will be seen below, this paragraph is a cornerstone for Ms. Ravandi's arguments on this application for judicial review.

[13] After setting out section 108 of the IRPA, the RPD member then stated the following [at paragraph 22]:

On the evidence before me, the pertinent provisions under section 108(1) for the present case are subsections 108(1)(a) and 108(1)(e) — reavilment and changed circumstances.

[14] Although the member does not elaborate, there is no issue that the evidence of reavilment was filed by the Minister while the evidence of changed circumstances is found in two documents Ms. Ravandi was permitted to file at the cessation hearing despite their late submission. One of the documents was an online news article dated November 13, 2007, describing Ms. Ravandi's father's arrest in Turkey for smuggling opium from Iran into Turkey. The other was a receipt of payment from a Turkish prison dated April 18, 2013, documenting her father's receipt of a wire transfer of money while in custody at that prison. The receipt states that her father's admission date to prison was May 30, 2010, and that his status was that of "convict". There is no indication of the duration of his sentence.

[11] Dans la note de bas de page que j'ai omise, le commissaire cite la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Al-Obeidi*, 2015 CF 1041, au paragraphe 22. Le juge O'Reilly y tient les propos suivants :

En somme, dans le cadre d'une demande de constat de perte de l'asile présentée par le ministre, la Commission peut examiner tout motif énoncé au paragraphe 108(1) de la LIPR. Si le réfugié intimé convainc la Commission, ou concède, qu'il a perdu son statut en raison du changement de la situation dans le pays (alinéa 108(1)e)), la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire de tenir compte d'autres motifs. On ne peut ni l'obliger à le faire ni l'empêcher de le faire. Toutefois, lorsqu'il existe une preuve non contredite et non contestée de la perte de l'asile pour un autre motif (p. ex. l'acquisition d'une nationalité d'un pays offrant une protection), la Commission devrait en tenir compte.

[12] Comme on le verra ci-dessous, ce paragraphe est la pierre angulaire des arguments avancés par M<sup>me</sup> Ravandi dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire.

[13] Après avoir cité l'article 108 de la LIPR, le commissaire de la SPR a ensuite déclaré ce qui suit [au paragraphe 22] :

À la lumière des éléments de preuve dont je dispose, les dispositions pertinentes du paragraphe 108(1) dans la présente affaire sont les alinéas 108(1)a) et 108(1)e), à savoir le fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays et les circonstances qui ont changé.

[14] Même si le commissaire ne donne aucune précision, il n'est pas contesté que la preuve relative au fait que M<sup>me</sup> Ravandi s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays a été déposée par le ministre, alors que la preuve relative au changement de circonstances figure dans deux documents que M<sup>me</sup> Ravandi a été autorisée à déposer tardivement à l'audience relative à la perte de l'asile. L'un de ces documents était un article de journal en ligne daté du 13 novembre 2007, qui indiquait que le père de M<sup>me</sup> Ravandi avait été arrêté en Turquie pour avoir introduit illégalement de l'opium en Turquie depuis l'Iran. L'autre était un reçu d'une prison turque daté du 18 avril 2013, qui attestait la réception par le père de M<sup>me</sup> Ravandi d'un virement télégraphique d'argent alors qu'il était détenu à cette prison. Le reçu indique que son

[15] In ruling that he would permit the two documents to be filed, the RPD member [at paragraph 4] summarized their potential relevance as follows:

....Taken together, the documents imply that the claimant's [*sic*] father, who was a principal agent of persecution of the claimant before she fled Iran for [Turkey], was in [Turkish] custody between [November 13] 2007 and at least [April 18], 2013 – which includes the time period during which the respondent twice travelled back to Iran. The documents purport to lend credence to statements that the respondent made to Canadian Border Services Agency (CBSA) officers in her interview on [December 18] 2013 wherein she indicated that her father did not know that she was back in Iran despite her two prolonged visits to the country, and her having had close contact with her mother and other relatives while she was back in Iran. Further, the documents also imply that circumstances had changed such that the respondent's two returns to Iran now may appear objectively more reasonable than they would appear had the respondent's father still found himself in the picture.

[16] The RPD found that both documents were authentic, that they were credible and reliable, and that they established that Ms. Ravandi's father was in Turkish custody between November 13, 2007 and at least April 18, 2013.

[17] Ms. Ravandi testified at the cessation hearing. Since there is no recording or transcript of that proceeding, there is no direct evidence of what she said there. Ms. Ravandi did not provide an affidavit in support of this application for judicial review. The only indication that she may have provided oral evidence potentially relevant to the issue of changed circumstances is the RPD member's statement in the decision that Ms. Ravandi had testified that she had learned that her father was in prison in Turkey before she returned to Iran from Canada and this "suggests that she took this into consideration when she returned to Iran" [at paragraph 31].

père a été admis à cette prison le 30 mai 2010 et que son statut est celui de [TRADUCTION] « détenu ». Rien n'indique la durée de sa peine.

[15] Lorsqu'il a décidé d'autoriser le dépôt des deux documents en question, le commissaire de la SPR a résumé ainsi leur éventuelle pertinence [au paragraphe 4] :

[...] Ensemble, les documents semblent indiquer que le père de la demandeur d'asile [*sic*], qui était un agent de persécution principal de la demandeur d'asile avant qu'elle ne fuie l'Iran pour la Turquie, était détenu par les autorités [turques] du [13 novembre] 2007 au [18 avril] 2013 au moins, ce qui comprend la période durant laquelle l'intimée est retournée en Iran à deux reprises. Les documents visent à ajouter foi aux déclarations que l'intimée a faites aux agents de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) au cours de son entrevue le [18 décembre] 2013, où elle a mentionné que son père ne savait pas qu'elle était de retour en Iran, malgré ses deux séjours prolongés au pays et ses contacts étroits avec sa mère et d'autres membres de sa famille pendant son [séjour] en Iran. En outre, les documents donnent à penser que les circonstances avaient changé, de sorte que les deux [séjours] de l'intimée en Iran semblent peut-être maintenant plus raisonnables objectivement qu'ils n'auraient semblé si le père de l'intimée avait toujours fait partie de l'équation.

[16] La SPR a conclu que les deux documents étaient authentiques, qu'ils étaient crédibles et fiables et qu'ils établissaient que le père de M<sup>me</sup> Ravandi était détenu en Turquie du 13 novembre 2007 au 18 avril 2013 au moins.

[17] M<sup>me</sup> Ravandi a témoigné à l'audience relative à la perte de l'asile. Comme il n'y a pas d'enregistrement ou de transcription de cette audience, il n'y a pas de preuve directe de ce qu'elle y aurait dit. M<sup>me</sup> Ravandi n'a pas fourni d'affidavit à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire. La seule indication qu'elle pourrait avoir fourni un témoignage se rapportant à la question du changement de circonstances est la déclaration faite par le commissaire de la SPR dans sa décision, selon laquelle M<sup>me</sup> Ravandi avait déclaré qu'elle avait appris que son père était en prison en Turquie avant de retourner en Iran depuis le Canada et que cela « laisse entendre qu'elle en a tenu compte lorsqu'elle est retournée en Iran » [au paragraphe 31].



[18] It appears that at the hearing Ms. Ravandi also testified about her other agents of persecution—the man to whom her father had promised her in marriage and his family. She explained that they lived in a town about an hour and a half’s drive from where she stayed in Iran. While she did not see them when she was there, she did not take any particular precautions to avoid them. There is no indication in the record before me that Ms. Ravandi testified that they had lost interest in her or were prepared to let bygones be bygones.

[19] From the record before me, there does not appear to have been any other evidence before the RPD that was potentially relevant to the issue of changed circumstances apart from what I have just reviewed. Indeed, it appears that the focus of Ms. Ravandi’s response to the Minister’s application for cessation was not changed circumstances but what the member termed “humanitarian and compassionate grounds.” The member was impressed with Ms. Ravandi as a witness. He also noted [at paragraph 36] that she had done “as well as can be expected of a self-represented person to argue her case before the RPD on the basis of humanitarian and compassionate grounds.” The member was clearly sympathetic to Ms. Ravandi given the situation in which she found herself. However, as he correctly noted, the law afforded him no jurisdiction in that proceeding to consider humanitarian and compassionate grounds for relief.

[20] Returning to the grounds for cessation, the RPD member first considered reavailment under paragraph 108(1)(a) of the IRPA. The member correctly stated that the test for reavailment has three requirements: the protected person must act voluntarily; she must intend to reavail herself of the protection of the country of nationality; and she must actually obtain that protection. The member also correctly indicated that the Minister had the burden of proving reavailment on a balance of probabilities. The member then stated that, for reasons he would set out, he was satisfied that the three elements of reavailment were met and, consequently, that Ms. Ravandi had reavailed herself

[18] Il semble qu’à l’audience M<sup>me</sup> Ravandi ait aussi parlé de ses autres agents de persécution, soit l’homme à qui son père l’avait promise en mariage et la famille de ce dernier. Elle a expliqué qu’ils vivaient dans un village à environ une heure et demie de route de l’endroit où elle avait séjourné en Iran. Bien qu’elle ne les ait pas vus lors de ses voyages en Iran, elle n’a pas pris de précautions particulières pour les éviter. Rien dans le dossier dont je dispose n’indique que M<sup>me</sup> Ravandi a déclaré qu’ils avaient perdu intérêt à son égard ou qu’ils étaient disposés à oublier le passé.

[19] D’après le dossier devant moi, la SPR ne semble pas avoir disposé d’éléments de preuve, autres que ceux que je viens d’examiner, qui auraient pu être pertinents dans le contexte de la question du changement de circonstances. En effet, il semble que la réponse de M<sup>me</sup> Ravandi à la demande de constat de perte d’asile du ministre ne portait pas principalement sur le changement de circonstances, mais plutôt sur ce que le commissaire a appelé des « motifs d’ordre humanitaire ». Le commissaire a été impressionné par M<sup>me</sup> Ravandi en tant que témoin. Il a aussi noté [au paragraphe 36] qu’elle avait fait « aussi bien que ce qui peut être attendu d’une personne non représentée pour plaider sa cause devant la SPR en s’appuyant sur des motifs d’ordre humanitaire ». Le commissaire était clairement sympathique à la cause de M<sup>me</sup> Ravandi, étant donné la situation dans laquelle elle se trouvait. Toutefois, comme il l’a noté, à juste titre, la loi ne lui accordait aucune compétence dans cette affaire pour examiner la prise de mesures pour des motifs d’ordre humanitaire.

[20] Revenons aux motifs de perte de l’asile. Le commissaire de la SPR a d’abord examiné l’alinéa 108(1)a) de la LIPR, soit le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays. Il a déclaré à juste titre que le critère applicable comportait trois éléments : la personne protégée doit avoir agi volontairement, elle doit avoir accompli intentionnellement l’acte par lequel elle s’est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité et elle doit avoir effectivement obtenu cette protection. Le commissaire a également indiqué à juste titre qu’il incombe au ministre de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la personne s’est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle

of the protection of Iran within the meaning of paragraph 108(1)(a) of the IRPA. Since this determination is not challenged directly on this application, it is not necessary to set out the member's reasoning in support of it.

[21] After giving his reasons for finding that Ms. Ravandi had reavailed herself of the protection of Iran, the member concluded [at paragraph 35] as follows:

I conclude that the respondent has reavailed herself of the protection of Iran. The Minister's application for cessation is granted, and the respondent's claim for protection is deemed rejected. These conclusions are entirely dispositive of this case, and I need not consider any other issues that may arise under subsections 108(1)(b) through (e).

[22] Accordingly, the Minister's application for cessation of Ms. Ravandi's refugee protection was allowed pursuant to paragraph 108(1)(a) of the IRPA and Ms. Ravandi's claim for protection was deemed rejected pursuant to subsection 108(3) of the Act.

### III. Standard of Review

[23] The parties submit and I agree that the RPD's decision should be reviewed on a reasonableness standard.

[24] Following *Vavilov*, reasonableness is now the presumptive standard of review, subject to specific exceptions "only where required by a clear indication of legislative intent or by the rule of law" (at paragraph 10). In my view, there is no basis for derogating from the presumption that reasonableness is the applicable standard of review here. Justice Ahmed recently reached the same conclusion in *Thapachetri v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 600 (at paragraph 10).

a la nationalité. Le commissaire a ensuite déclaré que, pour les motifs qu'il allait énoncer, il était convaincu que les trois éléments du critère étaient remplis et, par conséquent, que M<sup>me</sup> Ravandi s'était réclamée de nouveau de la protection de l'Iran au sens de l'alinéa 108(1)a) de la LIPR. Comme cette conclusion n'est pas contestée directement dans la présente demande, il n'est pas nécessaire d'exposer le raisonnement du commissaire à cet égard.

[21] Après avoir énoncé les motifs pour lesquels il concluait que M<sup>me</sup> Ravandi s'était réclamée de nouveau de la protection de l'Iran, le commissaire a indiqué ce qui suit [au paragraphe 35] :

Je conclus que l'intimée s'est réclamée de nouveau de la protection de l'Iran. La demande du ministre relative à la perte de l'asile est accueillie, et la demande d'asile de l'intimée est réputée rejetée. Ces conclusions sont entièrement déterminantes dans la présente affaire, et je n'ai pas à examiner d'autres questions qui pourraient se poser au titre des alinéas 108(1)b) à 108(1)e).

[22] La demande de constat de perte d'asile du ministre a par conséquent été accueillie sur le fondement de l'alinéa 108(1)a) de la LIPR, et la demande d'asile de M<sup>me</sup> Ravandi a été réputée rejetée en application du paragraphe 108(3) de la LIPR.

### III. Norme de contrôle applicable

[23] Les parties soutiennent que la décision de la SPR doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable, et je suis d'accord.

[24] Depuis l'arrêt *Vavilov*, il existe une présomption voulant que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, et les tribunaux ne devraient déroger à cette présomption « que lorsqu'une indication claire de l'intention du législateur ou la primauté du droit l'exige » (au paragraphe 10). À mon avis, rien ne justifie de déroger à la présomption voulant que la norme de la décision raisonnable est celle applicable en l'espèce. Le juge Ahmed est récemment parvenu à la même conclusion dans la décision *Thapachetri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 600 (au paragraphe 10).



[25] An assessment of the reasonableness of a decision must be sensitive and respectful yet robust (*Vavilov*, at paragraphs 12–13). Reasonableness review focuses on “the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome” (*Vavilov*, at paragraph 83). A reasonable decision “is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at paragraph 85). The decision maker’s reasons should be read in light of the record and with due sensitivity to the administrative setting in which they were given (*Vavilov*, at paragraphs 91–95). When considering whether a decision is reasonable, “the reviewing court asks whether the decision bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at paragraph 99). As the Court also emphasized, “it is not enough for the outcome of a decision to be *justifiable*. Where reasons for a decision are required, the decision must also be *justified*, by way of those reasons, by the decision maker to those to whom the decision applies” (at paragraph 86; emphasis in original).

[26] The Court also held that, to be reasonable, a decision must be based on “internally coherent reasoning” and it “must be justified in relation to the constellation of law and facts that are relevant to the decision [citations omitted]” (*Vavilov*, at paragraph 105). Further, “the legal and factual contexts of a decision operate as constraints on the decision maker in the exercise of its delegated powers” (*Vavilov*, at paragraph 105). Such constraints can inform the assessment of the reasonableness of a decision.

[27] Among the legal or factual considerations that could constrain an administrative decision maker in a particular case that the Court identifies is the impact of the decision on the affected individual. The Court held that, where “the impact of a decision on an individual’s rights and interests is severe, the reasons provided to

[25] L’évaluation du caractère raisonnable d’une décision doit être sensible et respectueuse, mais aussi rigoureuse (*Vavilov*, aux paragraphes 12 et 13). Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable « doit s’intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision » (*Vavilov*, au paragraphe 83). Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). Les motifs du décideur devraient être lus à la lumière du dossier en tenant dûment compte du contexte administratif dans lequel ils ont été rendus (*Vavilov*, aux paragraphes 91 à 95). Au moment d’examiner la question de savoir si une décision est raisonnable, « [la cour de révision] doit donc se demander si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, au paragraphe 99). Comme la Cour l’a aussi souligné, « il ne suffit pas que la décision soit *justifiable*. Dans les cas où des motifs s’imposent, le décideur doit également, au moyen de ceux-ci, *justifier* sa décision auprès des personnes auxquelles elle s’applique » (au paragraphe 86; en italique dans l’original).

[26] La Cour a aussi conclu que, pour être raisonnable, une décision doit être fondée sur « un raisonnement intrinsèquement cohérent » et qu’elle « doit être justifiée au regard de l’ensemble du droit et des faits pertinents [renvois omis] » (*Vavilov*, au paragraphe 105). De plus, « [l]es éléments du contexte juridique et factuel d’une décision constituent des contraintes qui ont une influence sur le décideur dans l’exercice des pouvoirs qui lui sont délégués » (*Vavilov*, au paragraphe 105). Ces contraintes peuvent orienter l’évaluation du caractère raisonnable d’une décision.

[27] Parmi les considérations juridiques ou factuelles qui pourraient réduire la marge de manœuvre d’un décideur administratif dans un cas donné, la Cour mentionne l’incidence de la décision sur la personne visée. La Cour a statué que, « [l]orsque la décision a des répercussions sévères sur les droits et intérêts de l’individu visé, les

that individual must reflect the stakes” (*Vavilov*, at paragraph 133). As the Court explained: “The principle of responsive justification means that if a decision has particularly harsh consequences for the affected individual, the decision maker must explain why its decision best reflects the legislature’s intention. This includes decisions with consequences that threaten an individual’s life, liberty, dignity or livelihood” (*Vavilov*, at paragraph 133). Earlier, when discussing generally the importance of giving reasons for administrative decisions, the Court had noted that reasons “shield against arbitrariness as well as the perception of arbitrariness in the exercise of public power” (*Vavilov*, at paragraph 79, citing *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at paragraphs 12–13). The Court returned to the issue of arbitrariness in its discussion of the impact of a decision as a relevant consideration in assessing the reasonableness of that decision, observing that “concerns regarding arbitrariness will generally be more acute in cases where the consequences of the decision for the affected party are particularly severe or harsh, and a failure to grapple with such consequences may well be unreasonable” (*Vavilov*, at paragraph 134).

[28] Having been given the jurisdiction to determine applications to cease refugee protection, the RPD has been entrusted with an “extraordinary degree of power” over the lives of the subjects of those applications (cf. *Vavilov*, at paragraph 135). A corollary to this power is a “heightened responsibility” on the part of the RPD to ensure that its reasons demonstrate that it has considered the consequences of a decision and that those consequences are justified in light of the facts and law (cf. *Vavilov*, at paragraph 135). As will be discussed below, in some cases, these consequences include not only the loss of refugee protection—a serious matter in and of itself—but also the collateral legal consequences of the loss of permanent resident status and inadmissibility to Canada.

[29] The burden is on Ms. Ravandi to demonstrate that the RPD’s decision is unreasonable. To succeed in

motifs fournis à ce dernier doivent refléter ces enjeux » (*Vavilov*, au paragraphe 133). Comme la Cour l’a expliqué, « [l]e principe de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées veut que le décideur explique pourquoi sa décision reflète le mieux l’intention du législateur, malgré les conséquences particulièrement graves pour l’individu concerné. Cela vaut notamment pour les décisions dont les conséquences menacent la vie, la liberté, la dignité ou les moyens de subsistance d’un individu » (*Vavilov*, au paragraphe 133). Plus tôt, lorsqu’elle examinait de façon générale l’importance de justifier les décisions administratives, la Cour avait indiqué que les motifs « servent de bouclier contre l’arbitraire et la perception d’arbitraire dans l’exercice d’un pouvoir public » (*Vavilov*, au paragraphe 79, citant *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, aux paragraphes 12 et 13). La Cour s’est penchée de nouveau sur la question de l’arbitraire dans son examen de l’incidence de la décision comme considération utile pour déterminer si celle-ci est raisonnable, faisant observer que « les préoccupations relatives à l’arbitraire sont généralement plus prononcées dans les cas où la décision a des conséquences particulièrement graves ou sévères pour la partie visée et le défaut de traiter de ces conséquences peut fort bien se révéler déraisonnable » (*Vavilov*, au paragraphe 134).

[28] La compétence d’entendre les demandes de constat de perte d’asile ayant été attribuée à la SPR, celle-ci s’est vu confier des « pouvoirs extraordinaires » sur la vie des personnes visées par ces demandes (voir *Vavilov*, au paragraphe 135). Le corollaire de ce pouvoir est la « responsabilité accrue » qui échoit à la SPR de s’assurer que ses motifs démontrent qu’elle a tenu compte des conséquences de sa décision et que ces conséquences sont justifiées au regard des faits et du droit (voir *Vavilov*, au paragraphe 135). Comme on le verra ci-dessous, dans certains cas, ces conséquences comprennent non seulement la perte de l’asile — qui est grave en soi — mais également les conséquences juridiques accessoires que sont la perte du statut de résident permanent et l’interdiction de territoire au Canada.

[29] Il incombe à M<sup>me</sup> Ravandi de démontrer que la décision de la SPR était déraisonnable. Pour réussir

having the decision set aside, she must establish that “there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency” (*Vavilov*, at paragraph 100). As has just been discussed, among the factors that can determine the requisite degree of justification, intelligibility and transparency is the impact of that decision on Ms. Ravandi.

#### IV. Analysis

[30] It is indisputable that the loss of refugee protection because of a determination that it has ceased under subsection 108(2) of the IRPA is a serious matter with significant potential consequences for the person affected. Moreover, as set out above, if the person affected is a permanent resident and refugee protection is found to have ceased under any of paragraphs 108(1)(a) through (d) of the IRPA, this determination entails not only the loss of refugee protection but also the loss of permanent resident status. The person also becomes inadmissible to Canada. The seriousness of such collateral legal consequences is evident from the bare facts of Ms. Ravandi’s case. As a result of the RPD’s determination, she has lost the permanent resident status she has held since March 2010 and she is inadmissible to the country that has been her home for a decade. As the RPD member aptly observed, Ms. Ravandi had been living under the Sword of Damocles since March 2014, when the Minister filed the application to cease her refugee protection on the basis of reavilment.

[31] Importantly, Parliament has determined that these collateral legal consequences do not follow for all refugees whose protection is found to have ceased; rather, they follow only for those whose protection is found to have ceased under paragraphs 108(1)(a) through (d) of the IRPA. They do not follow for a refugee whose protection is found to have ceased under paragraph 108(1)(e) on the basis that “the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist” (see subsection 40.1(2) and paragraph 46(1)(c.1) of the IRPA). Thus, by determining upon which ground cessation is ordered—any of those found in paragraphs 108(1)(a) through (d)

à faire annuler la décision, elle doit établir que celle-ci « souffre de lacunes graves à un point tel qu’on ne peut pas dire qu’elle satisfait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence » (*Vavilov*, au paragraphe 100). Comme on vient de le voir, l’incidence de cette décision sur M<sup>me</sup> Ravandi est l’un des facteurs qui permettent de satisfaire aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence.

#### IV. Analyse

[30] Il est incontestable que la perte de l’asile à la suite d’une décision rendue en application du paragraphe 108(2) de la LIPR est une question grave, qui peut avoir des répercussions importantes pour la personne visée. De plus, comme il est indiqué ci-dessus, si la personne visée est un résident permanent et que la perte de l’asile est fondée sur l’un des motifs énoncés aux alinéas 108(1)a) à d) de la LIPR, la décision rendue entraîne non seulement la perte de l’asile, mais également la perte du statut de résident permanent. La personne devient également interdite de territoire au Canada. La gravité de ces conséquences juridiques accessoires ressort clairement des faits de l’espèce. En raison de la décision de la SPR, M<sup>me</sup> Ravandi a perdu le statut de résident permanent qu’elle détenait depuis mars 2010 et elle est interdite de territoire au Canada, où elle réside depuis une décennie. Comme le commissaire l’a fait remarquer avec raison, M<sup>me</sup> Ravandi vivait sous l’épée de Damoclès depuis mars 2014, date à laquelle le ministre a présenté sa demande de constat de perte d’asile au motif qu’elle s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays.

[31] Il est important de souligner que le législateur a décidé que ces conséquences juridiques accessoires ne s’appliquaient pas à tous les réfugiés qui perdent l’asile, mais seulement à ceux qui perdent l’asile en application des alinéas 108(1)a) à d) de la LIPR. Elles ne s’appliquent pas aux réfugiés qui perdent l’asile en application de l’alinéa 108(1)e), c’est-à-dire au motif que « les raisons qui [leur] ont fait demander l’asile n’existent plus » (voir le paragraphe 40.1(2) et l’alinéa 46(1)c.1) de la LIPR). Ainsi, lorsqu’elle choisit le motif sur le fondement duquel la perte de l’asile est ordonnée dans un cas donné — l’un de ceux figurant aux

or, instead, the one found in paragraph 108(1)(e)—the RPD determines (indirectly) whether these collateral legal consequences will arise in a given case or not.

[32] On this application for judicial review, Ms. Ravandi does not challenge directly the RPD's determination that her refugee protection ceased under paragraph 108(1)(a) of the IRPA. There is no suggestion that, viewed in isolation, that determination and the reasons for it provided by the RPD do not exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency given the seriousness of the question at issue—namely, whether she should lose refugee protection. Rather, as I understand it, her position is a more subtle one. She contends that, given the significantly more serious impact on her (given the collateral legal consequences) of a determination that her refugee protection ceased under paragraph 108(1)(a) because of reavailment as opposed to under paragraph 108(1)(e) because of changed circumstances, the RPD's failure to address the comparatively more serious impact of such a determination and justify its decision in light of this leaves the decision lacking the requisite degree of justification, intelligibility and transparency.

[33] As I have said, I agree with Ms. Ravandi that, where the RPD has a choice to make between, on the one hand, finding that refugee protection has ceased under any of paragraphs 108(1)(a) through (d) or, on the other hand, under paragraph 108(1)(e), and it opts for the former rather than the latter, it is required to explain the choice with reasons that demonstrate that it has considered the consequences of that decision and that those consequences are justified in light of the facts and law. The reasons would have to explain why that decision best reflects the legislature's intention given the significantly different impacts of the respective determinations, as defined by Parliament.

[34] One way this could arise is where the evidence could support a finding under both paragraphs 108(1)(a) and 108(1)(e) but the parties put forward a joint position that cessation should be found on the basis of paragraph 108(1)(e) and not paragraph 108(1)(a). Even though

alinéas 108(1)a) à d) ou, plutôt, celui figurant à l'alinéa 108(1)e) — la SPR se prononce (indirectement) sur la question de savoir si les conséquences juridiques accessoires s'appliqueront ou non.

[32] Dans le contexte de la présente demande de contrôle judiciaire, M<sup>me</sup> Ravandi ne conteste pas directement la décision de la SPR selon laquelle elle a perdu l'asile en application de l'alinéa 108(1)a) de la LIPR. Rien n'indique que cette décision et les motifs à l'appui donnés par la SPR, examinés isolément, ne satisfont pas aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence étant donné la gravité de la question en litige, soit la question de savoir si M<sup>me</sup> Ravandi devrait perdre l'asile. Si je comprends bien, sa position est plus subtile. Elle soutient que, puisque la décision de fonder la perte de l'asile sur l'alinéa 108(1)a) (parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays) plutôt que sur l'alinéa 108(1)e) (en raison d'un changement de circonstances) a des répercussions beaucoup plus importantes pour elle (puisque'elle entraîne des conséquences juridiques accessoires), l'omission par la SPR de tenir compte des conséquences plus graves de sa décision et de justifier celle-ci fait en sorte que la décision ne satisfait pas aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence.

[33] Comme je l'ai déjà dit, je suis d'accord avec M<sup>me</sup> Ravandi pour dire que lorsque la SPR a le choix de conclure à la perte de l'asile sur le fondement de l'un des alinéas 108(1)a) à d), d'une part, ou de l'alinéa 108(1)e), d'autre part, et qu'elle choisit l'un des premiers alinéas au lieu du dernier, elle doit expliquer son choix au moyen de motifs qui démontrent qu'elle a tenu compte des conséquences de son choix et que celles-ci sont justifiées au regard des faits et du droit. Les motifs devraient expliquer pourquoi la décision prise reflète le mieux l'intention du législateur étant donné les conséquences considérablement différentes des choix offerts, telles qu'elles ont été définies par le législateur.

[34] Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsque la preuve permet d'appuyer une conclusion fondée sur l'alinéa 108(1)a) et sur l'alinéa 108(1)e), mais que les parties conviennent d'appliquer l'alinéa 108(1)e) au lieu de l'alinéa 108(1)a). Même si la SPR n'est pas tenue d'accepter

the RPD is not required to accept the parties' joint position and has the discretion to consider other applicable grounds of cessation (see *Al-Obeidi*, at paragraph 21, and *Tung v. Canada (Citizenship and Immigration)* [Tung], 2018 FC 1224, at paragraph 31), in my view, having regard to the deleterious collateral consequences that would follow from not accepting the joint position, *Vavilov* (especially paragraphs 127–128 and 133–135) places a significant burden on the RPD to justify why, if such were the case, it found refugee protection had ceased on a ground other than the one proposed jointly by the parties.

[35] Similarly, even in the absence of a joint position, if the Minister only sought cessation on the basis of changed circumstances yet the evidence was capable of supporting a finding on another ground, there would be a significant burden on the RPD to justify why, if such were the case, it found refugee protection had ceased on a ground other than the one advanced by the Minister.

[36] Doubtless there could be other scenarios where the RPD is presented with a real choice among the grounds for cessation and, for its decision to be reasonable, it would have to grapple with the respective collateral consequences of its choice. Should it opt for a determination that entailed comparatively more significant adverse collateral consequences than would another option that was reasonably open to it, it would have to justify that decision in accordance with *Vavilov*, especially paragraphs 133–135 of that judgment. However, as I have also already indicated, in my view the RPD was not presented with such a choice in this case.

[37] In framing the issues to be decided, the RPD member noted that, on the evidence before him, the pertinent provisions of the IRPA were paragraphs 108(1)(a) and 108(1)(e)—that is, reavilment and changed circumstances. Ms. Ravandi states that the RPD has broad discretion to consider any of the grounds of cessation set out in subsection 108(1) of the IRPA: see *Al-Obeidi*, at paragraphs 21–22 and *Tung*, at paragraphs 28–29. This discretion must be exercised reasonably and its exercise must be supported with adequate reasons: see *Lu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1060,

la position conjointe proposée par les parties et qu'elle a le pouvoir discrétionnaire d'examiner d'autres motifs de perte de l'asile (voir *Al-Obeidi*, au paragraphe 21, et *Tung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1224, au paragraphe 31), à mon avis, compte tenu des conséquences accessoires préjudiciables qui découleraient du fait de ne pas accepter la position conjointe des parties, l'arrêt *Vavilov* (en particulier les paragraphes 127 et 128 et 133 à 135) impose un lourd fardeau à la SPR, qui doit justifier pourquoi elle conclut à la perte de l'asile pour un motif autre que celui proposé conjointement par les parties, le cas échéant.

[35] De plus, même en l'absence d'entente entre les parties, si la demande de constat de perte d'asile du ministre est uniquement fondée sur le changement de circonstances, mais que la preuve permet d'appuyer une conclusion fondée sur un autre motif, la SPR aurait le lourd fardeau de justifier pourquoi elle conclut à la perte de l'asile pour un motif autre que celui avancé par le ministre, le cas échéant.

[36] Il ne fait aucun doute qu'il pourrait exister d'autres scénarios dans lesquels la SPR aurait à faire un choix parmi les motifs de perte de l'asile et devrait, pour que sa décision soit raisonnable, examiner les conséquences accessoires de son choix. Si elle choisit une option qui comporte des conséquences accessoires relativement plus préjudiciables qu'une autre option qu'il lui était raisonnablement loisible de choisir, la SPR doit justifier cette décision conformément à l'arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 133 à 135. Toutefois, comme je l'ai aussi déjà indiqué, à mon avis, aucun choix ne s'offrait à la SPR en l'espèce.

[37] Lorsqu'il a formulé les questions à trancher, le commissaire de la SPR a noté que, selon la preuve dont il disposait, les dispositions pertinentes de la LIPR étaient les alinéas 108(1)a) et 108(1)e), qui portent respectivement sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays et le fait que les circonstances ont changé. M<sup>me</sup> Ravandi déclare que la SPR dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour examiner les motifs de perte de l'asile énoncés au paragraphe 108(1) de la LIPR : voir *Al-Obeidi*, aux paragraphes 21 et 22, et *Tung*, aux paragraphes 28 et 29. La SPR doit agir raisonnablement et



at paragraph 38. Further, section 108 of the IRPA does not constrain the RPD to consider potential grounds for cessation in any particular order: see *Lu*, at paragraphs 33–34. Consequently, as Ms. Ravandi correctly observes, in theory the RPD member could have approached the issues he had identified in either order—reavailment first and then changed circumstances (as actually happened) or changed circumstances first and then reavailment. She goes on to argue that, whichever order the issues were addressed, an outcome where she did not face the collateral consequences of loss of permanent resident status and inadmissibility was a reasonable possibility. Consequently, according to Ms. Ravandi, the RPD member was required to provide an adequate justification for why he opted to find that cessation was made out on a ground that entailed these deleterious collateral consequences for her. Specifically, the justification given for not addressing changed circumstances fails to meet this test and, as a result, the decision must be set aside as unreasonable.

[38] As I will explain, I am not persuaded that, whichever order the issues are addressed, there was ever a reasonable possibility that the determination of the Minister’s cessation application would not result in the loss of Ms. Ravandi’s permanent resident status and her inadmissibility to Canada. In other words, Ms. Ravandi has not persuaded me that she ever realistically faced lesser stakes than the loss of permanent residence and inadmissibility to Canada along with the loss of her refugee protection. Consequently, no further justification was required for why the RPD did not consider paragraph 108(1)(e) of the IRPA beyond that which was given.

[39] To begin with how the RPD member actually approached the issues before him, Ms. Ravandi argues that, after dealing with reavailment, the member should have gone on to consider changed circumstances

avoir des motifs valables justifiant l’exercice de ce pouvoir : voir *Lu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1060, au paragraphe 38. De plus, l’article 108 de la LIPR n’oblige pas la SPR à examiner les motifs potentiels de perte de l’asile dans un ordre donné : voir *Lu*, aux paragraphes 33 et 34. Par conséquent, comme M<sup>me</sup> Ravandi le fait observer à juste titre, en théorie, le commissaire de la SPR aurait pu aborder les motifs qu’il a soulevés dans un ordre ou dans l’autre — le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays en premier, suivi du changement de circonstances (c’est ce qu’il a fait) ou le changement de circonstances en premier, suivi du fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays. M<sup>me</sup> Ravandi soutient que, peu importe l’ordre dans lequel les motifs étaient abordés, il existait une possibilité raisonnable qu’elle ne soit pas assujettie aux conséquences accessoires que sont la perte du statut de résident permanent et l’interdiction de territoire. Par conséquent, selon elle, le commissaire de la SPR devait justifier adéquatement pourquoi il avait choisi de conclure que la perte de l’asile découlait d’un motif qui entraînait ces conséquences accessoires préjudiciables pour elle. En particulier, elle est d’avis que la justification donnée pour ne pas aborder le changement de circonstances ne respecte pas ce critère et, par conséquent, que la décision est déraisonnable et doit être annulée.

[38] Comme je l’expliquerai, je ne suis pas convaincu qu’il ait jamais existé une possibilité raisonnable que la décision relative à la demande de constat de perte d’asile du ministre n’entraîne pas la perte du statut de résident permanent pour M<sup>me</sup> Ravandi ou son interdiction de territoire au Canada, et ce, quel que soit l’ordre dans lequel la SPR examinait les motifs. En d’autres termes, M<sup>me</sup> Ravandi ne m’a pas convaincu qu’elle aurait pu être exposée à des conséquences moins importantes que la perte du statut de résident permanent et l’interdiction de territoire au Canada, en plus de la perte de l’asile. Par conséquent, la SPR n’avait pas à justifier de façon plus détaillée la raison pour laquelle elle n’a pas examiné l’alinéa 108(1)(e) de la LIPR.

[39] D’entrée de jeu, en ce qui concerne la façon dont le commissaire de la SPR a réellement abordé les questions qui lui ont été soumises, M<sup>me</sup> Ravandi soutient qu’après avoir examiné le fait de se réclamer de

because there was uncontradicted and undisputed evidence that her refugee status had ceased on this ground as well. She relies on the holding in *Al-Obeidi*, at paragraph 22—“where there is uncontradicted and undisputed evidence that the refugee’s status has ceased under another ground ..., the Board should consider it”—in support of this submission.

[40] For the following reasons, I am not persuaded that, having found refugee protection had ceased because of reavilment, the RPD member was required to go on to consider changed circumstances. Further, even if he had gone on to do so, I am not persuaded that it would have made any difference to the outcome for Ms. Ravandi.

[41] First, since I must review the member’s reasoning process on a reasonableness standard, Ms. Ravandi must demonstrate not merely that the member “should” have gone on to consider changed circumstances but that it was unreasonable for him not to have done so. An important factor in the assessment of the reasonableness of the member’s reasoning process is the submissions of the parties before him. As the Supreme Court explained in *Vavilov*, the “principles of justification and transparency require that an administrative decision maker’s reasons meaningfully account for the central issues and concerns raised by the parties” (at paragraph 127). A decision maker’s “failure to meaningfully grapple with key issues or central arguments raised by the parties may call into question whether the decision maker was actually alert and sensitive to the matter before it” (*Vavilov*, at paragraph 128). As Justice Walker held in *Lu*, where more than one of the paragraphs of subsection 108(1) may apply, “the RPD should assess the evidence and submissions of the parties in respect of each of the paragraphs in question” (at paragraph 38). However, there is no indication that Ms. Ravandi (or the Minister, for that matter) asked the RPD to consider changed circumstances even if it was satisfied that refugee protection had ceased on the ground of reavilment.

nouveau de la protection de son pays, le commissaire aurait dû examiner le changement de circonstances, parce qu’il existait une preuve non contredite et non contestée selon laquelle elle avait perdu l’asile pour ce motif également. Elle invoque à l’appui de cette observation la conclusion tirée dans la décision *Al-Obeidi*, au paragraphe 22 : « lorsqu’il existe une preuve non contredite et non contestée de la perte de l’asile pour un autre motif [...], la Commission devrait en tenir compte ».

[40] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas convaincu que, après avoir conclu que M<sup>me</sup> Ravandi avait perdu l’asile parce qu’elle s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays, le commissaire de la SPR devait aussi examiner le changement de circonstances. De plus, même s’il l’avait fait, je doute que cela ait fait une différence pour M<sup>me</sup> Ravandi.

[41] Premièrement, comme je dois examiner le raisonnement du commissaire selon la norme de la décision raisonnable, M<sup>me</sup> Ravandi doit démontrer non seulement que le commissaire « aurait dû » examiner le changement de circonstances, mais aussi qu’il était déraisonnable pour lui de ne pas l’avoir fait. Les observations présentées par les parties au commissaire constituent un facteur important dans l’évaluation du caractère raisonnable de son raisonnement. Comme la Cour suprême l’a expliqué dans l’arrêt *Vavilov*, « [l]es principes de la justification et de la transparence exigent que les motifs du décideur administratif tiennent valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées par les parties » (au paragraphe 127). Le fait qu’un décideur « n’ait pas réussi à s’attaquer de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties permet de se demander s’il était effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise » (*Vavilov*, au paragraphe 128). Comme la juge Walker l’a conclu dans la décision *Lu*, lorsque plus d’un des alinéas du paragraphe 108(1) peut s’appliquer, « la SPR devrait évaluer la preuve et les observations des parties à l’égard de chacun des alinéas en question » (au paragraphe 38). Toutefois, rien n’indique que M<sup>me</sup> Ravandi (ou le ministre d’ailleurs) ait demandé à la SPR d’examiner le changement de circonstances même si elle était convaincue que M<sup>me</sup> Ravandi avait perdu l’asile parce qu’elle s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays.

[42] Be that as it may, while this is an important consideration, for present purposes I do not think it would be fair to treat it as determinative. Even though I do not know what position, if any, Ms. Ravandi took before the RPD regarding the interplay between reavilment and changed circumstances, I do know that she was self-represented. So that the substance of her position on this application for judicial review can be addressed, I am prepared to extend her some latitude in this respect. As well, it is noteworthy that, when framing the issues at the outset of his decision, the RPD member himself was of the view that changed circumstances was “pertinent” given the evidence filed by Ms. Ravandi. In this limited sense at least, the issue of changed circumstances was in play before the RPD along with reavilment.

[43] Second, I am not persuaded that the *ratio* from *Al-Obeidi* on which Ms. Ravandi relies applies here. Justice O’Reilly held: “If the respondent refugee persuades the Board, or concedes, that his or her status has ceased by virtue of a change of country conditions (s. 108(1)(e)), the Board has discretion to consider other grounds” (at paragraph 22). It is in describing the exercise of that discretion that Justice O’Reilly then makes reference to “uncontradicted and undisputed evidence that the refugee’s status has ceased under another ground” (at paragraph 22). This is the reverse of the present case, where the issue is whether the RPD should have considered another ground besides reavilment, not whether it should have considered another ground besides changed circumstances.

[44] Third, even if the *ratio* of *Al-Obeidi* applies, I am not persuaded that there was “uncontradicted and undisputed evidence” that Ms. Ravandi’s refugee status had ceased because of changed circumstances. At most, in framing the issues before him, the RPD member found that, given the evidence before him, paragraphs 108(1)(a) and (e) were the “pertinent” provisions.

[42] Quoi qu’il en soit, bien qu’il s’agisse d’une considération importante, aux fins de la présente analyse, je ne crois pas qu’il serait juste de la traiter comme une considération déterminante. Je ne sais pas quelle position M<sup>me</sup> Ravandi a adoptée devant la SPR en ce qui concerne l’interaction entre le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays et le changement de circonstances, mais je sais qu’elle se représentait elle-même. Pour répondre au fond de ses arguments dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, je suis disposé à lui accorder une certaine latitude à cet égard. De plus, il convient de noter que, lorsqu’il a formulé les questions au début de sa décision, le commissaire de la SPR lui-même était d’avis que le changement de circonstances était « pertin[en]t » étant donné les éléments de preuve déposés par M<sup>me</sup> Ravandi. En ce sens restreint, la question du changement de circonstances, tout comme celle de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, était en jeu devant la SPR.

[43] Deuxièmement, je ne suis pas convaincu que la *ratio decidendi* de la décision *Al-Obeidi*, invoquée par M<sup>me</sup> Ravandi, s’applique en l’espèce. Dans cette décision, le juge O’Reilly a conclu ce qui suit : « Si le réfugié intimé convainc la Commission, ou concède, qu’il a perdu son statut en raison du changement de la situation dans le pays (alinéa 108(1)e)), la Commission dispose d’un pouvoir discrétionnaire de tenir compte d’autres motifs » (au paragraphe 22). C’est lorsqu’il décrit l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire que le juge O’Reilly renvoie ensuite à une « preuve non contredite et non contestée de la perte de l’asile pour un autre motif » (au paragraphe 22). C’est la situation inverse à celle de la présente affaire, puisqu’il s’agit ici de savoir si la SPR aurait dû tenir compte d’un autre motif en plus du fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, et non de savoir si elle aurait dû tenir compte d’un autre motif en plus du changement de circonstances.

[44] Troisièmement, même si la *ratio decidendi* de la décision *Al-Obeidi* s’applique, je ne suis pas convaincu qu’il existe une « preuve non contredite et non contestée » selon laquelle M<sup>me</sup> Ravandi a perdu l’asile en raison d’un changement de situation. Tout au plus, lorsqu’il a formulé les questions dont il était saisi, le commissaire de la SPR a conclu que, selon les éléments de preuve



He certainly did not find that the evidence of changed circumstances was “uncontradicted and undisputed.” Nor, in my view, does the evidence merit this description when viewed in light of the test for cessation on this ground. Even assuming no issue was taken with the evidence that Ms. Ravandi’s father was in prison when she visited Iran in 2011 and 2013, there was no evidence of the length of his sentence. Further, there was no evidence that circumstances had changed in any way with respect to Ms. Ravandi’s other agents of persecution.

[45] Fourth, and perhaps most importantly, even if the RPD had gone on to consider changed circumstances (whether it was required to or not) and was satisfied that refugee protection had ceased on this ground as well, I am not persuaded that this would have made any difference for Ms. Ravandi.

[46] Paragraph 46(1)(c.1) of the IRPA states that a person loses permanent resident status “on a final determination under subsection 108(2) that their refugee protection has ceased for any of the reasons described in paragraphs 108(1)(a) to (d).” The omission of paragraph 108(1)(e) from this provision means that a person does not lose permanent resident status on a final determination that their refugee protection has ceased on that ground. However, paragraph 46(1)(c.1) does not say that a person loses permanent resident status “on a final determination under subsection 108(2) that their refugee protection has ceased for any of the reasons described in paragraphs 108(1)(a) to (d) *unless it is also found to have ceased for the reason described in paragraph 108(1)(e).*” The same is true of inadmissibility under subsection 40.1(2) of the IRPA. Further, there does appear to be a principled basis for treating cessation under paragraph 108(1)(e) differently. Unlike the grounds set out in paragraphs 108(1)(a) to (d), under paragraph 108(1)(e), refugee protection ceases even though the person did not do anything to bring about this result. This rationale arguably loses its force when refugee protection is lost not only because of changed circumstances but also because of something the person did.

dont il disposait, les alinéas 108(1)a) et 108(1)e) étaient les dispositions « pertinentes ». Il n’a certainement pas conclu que la preuve d’un changement de circonstances était « non contredite et non contestée ». À mon avis, le critère applicable à ce motif ne justifie pas non plus que la preuve soit ainsi décrite. Même en supposant que la preuve selon laquelle le père de M<sup>me</sup> Ravandi était en prison lorsque celle-ci s’est rendue en Iran en 2011 et en 2013 n’a pas été contestée, rien n’indiquait la durée de sa peine. De plus, rien n’indiquait que les circonstances avaient changé de quelque façon que ce soit en ce qui concerne les autres agents de persécution de M<sup>me</sup> Ravandi.

[45] Quatrièmement, fait peut-être le plus important, même si la SPR avait examiné le changement de circonstances (qu’elle ait été tenue de le faire ou non) et qu’elle avait été convaincue que la perte de l’asile pouvait se fonder sur ce motif également, je ne suis pas convaincu que cela aurait fait une différence pour M<sup>me</sup> Ravandi.

[46] L’alinéa 46(1)c.1) de la LIPR prévoit qu’emporte perte du statut de résident permanent « la décision prise, en dernier ressort, au titre du paragraphe 108(2) entraînant, sur constat des faits mentionnés à l’un des alinéas 108(1)a) à d), la perte de l’asile ». L’omission de l’alinéa 108(1)e) signifie que la décision prise en dernier ressort, entraînant la perte de l’asile sur constat des faits mentionnés à l’alinéa 108(1)e), n’emporte pas perte du statut de résident permanent. Toutefois, l’alinéa 46(1)c.1) ne prévoit pas qu’emporte perte du statut de résident permanent « la décision prise, en dernier ressort, au titre du paragraphe 108(2) entraînant, sur constat des faits mentionnés à l’un des alinéas 108(1)a) à d), la perte de l’asile, *sauf si l’alinéa 108(1)e) s’applique également* ». Il en va de même de l’interdiction de territoire prévue au paragraphe 40.1(2) de la LIPR. De plus, le fait de réserver un traitement différent à la perte de l’asile constatée en application de l’alinéa 108(1)e) semble reposer sur un fondement rationnel. En effet, contrairement à la perte de l’asile fondée sur les motifs énoncés aux alinéas 108(1)a) à d), la perte de l’asile fondée sur le motif énoncé à l’alinéa 108(1)e) ne découle pas des actes du réfugié. On peut soutenir que la situation est différente lorsque la perte de l’asile découle non seulement d’un changement de circonstances indépendant de la volonté du réfugié, mais aussi des actes qu’il a posés.

[47] On behalf of Ms. Ravandi, the highest Mr. Cannon put his position was that it is an open question what would happen with someone whose refugee protection was found to have ceased under one or more of the reasons described in paragraphs 108(1)(a) to (d) and for the reason described in paragraph 108(1)(e). The limited submissions I heard on this point have not persuaded me that Ms. Ravandi would have been in a better position had her refugee protection been found to have ceased because of both reavilment and changed circumstances as opposed to because of reavilment alone.

[48] Turning to the hypothetical scenario under which, instead of commencing his analysis with reavilment, the RPD member considered changed circumstances first, Ms. Ravandi submits that the member could reasonably have disposed of the Minister's application on this ground alone. Since this would have put her in a better position than she now finds herself (because she would have avoided the deleterious collateral consequences of a finding of reavilment), the member was required to provide a reasoned justification for not determining the Minister's application on this basis.

[49] Assuming for the sake of argument that considering reasonable hypotheticals is an appropriate way to analyze what was at stake for Ms. Ravandi, I am not persuaded that, if the member had commenced with changed circumstances instead of reavilment, there is a reasonable outcome that would have left Ms. Ravandi in a better position than she is in now.

[50] I begin by noting that there is no indication that the RPD was asked to consider changed circumstances first. However, as discussed above, while this is an important consideration, I do not think it would be fair to treat it as determinative in this case.

[51] More significant for present purposes is that the evidence of changed circumstances is far from compelling.

[47] M<sup>c</sup> Cannon est allé jusqu'à affirmer, au nom de M<sup>me</sup> Ravandi, que la question se posait toujours de savoir ce qui arriverait dans le cas où la perte d'asile découle d'un ou de plusieurs motifs énoncés aux alinéas 108(1)a) à d) et du motif énoncé à l'alinéa 108(1)e). Les observations limitées que j'ai entendues sur ce point ne m'ont pas convaincu que M<sup>me</sup> Ravandi se serait trouvée dans une meilleure position si la SPR avait conclu qu'elle avait perdu l'asile parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays et parce que les circonstances ont changé, plutôt que parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays uniquement.

[48] M<sup>me</sup> Ravandi soutient que si le commissaire de la SPR avait examiné le changement de circonstances en premier, plutôt que de commencer son analyse par le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, il aurait pu trancher la demande du ministre sur le fondement de ce motif à lui seul. Comme M<sup>me</sup> Ravandi se serait alors trouvée dans une meilleure position que celle dans laquelle elle se trouve maintenant (parce qu'elle aurait évité les conséquences accessoires préjudiciables qui s'appliquent lorsque la perte de l'asile est fondée sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays), le commissaire devait justifier pourquoi il n'avait pas tranché la demande du ministre sur ce fondement.

[49] En supposant, pour les besoins de la discussion, qu'il soit convenable d'analyser les enjeux pour M<sup>me</sup> Ravandi en examinant certaines hypothèses raisonnables, je ne suis pas convaincu que M<sup>me</sup> Ravandi se serait trouvée dans une meilleure position que celle dans laquelle elle se trouve maintenant si le commissaire avait commencé son analyse par le changement de circonstances, plutôt que par le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays.

[50] Tout d'abord, je fais remarquer que rien n'indique qu'on a demandé à la SPR d'examiner le changement de circonstances en premier. Comme je l'ai déjà indiqué, bien qu'il s'agisse d'une considération importante, je ne crois pas qu'il serait juste de la traiter comme une considération déterminante en l'espèce.

[51] Fait plus important aux fins de la présente analyse, la preuve d'un changement de circonstances est

It is very much an open question whether Ms. Ravandi's father's imprisonment in Turkey on a sentence of unknown duration could constitute the sort of durable change necessary to establish that, in the words of paragraph 108(1)(e), "the reasons for which the person sought refugee protection have *ceased to exist*" (emphasis added). Further, as I have already noted, there was no evidence that circumstances had changed in any way with respect to Ms. Ravandi's other agents of persecution.

[52] Given the state of the evidence and the applicable legal test, it is far from obvious that the RPD could reasonably find that refugee protection had ceased because of changed circumstances. And if the RPD was not persuaded the refugee protection ceased because of changed circumstances, it would be unreasonable for it not to go on to consider reavilment, the ground advanced by the Minister in the first place, given the evidence capable of supporting that finding. In the absence of any challenge to the actual reavilment finding, there is no reasonable basis for thinking that the member would not have found that the test for reavilment was satisfied in this hypothetical scenario as well. In other words, there is no reasonable basis for thinking that the outcome for Ms. Ravandi would have been any different. Her refugee protection would have ceased on the basis of reavilment, not changed circumstances.

[53] The more difficult question is what would happen if, contrary to the foregoing, the RPD found that refugee protection had ceased because of changed circumstances. Would it be reasonable for the RPD to stop the analysis there and not consider reavilment? If so, this would leave Ms. Ravandi in a better position than she is now because she would retain her permanent resident status and would not be inadmissible to Canada.

loin d'être contraignante. La question se pose toujours de savoir si l'emprisonnement du père de M<sup>me</sup> Ravandi en Turquie pour une durée inconnue peut constituer le type de changement durable nécessaire pour établir, aux termes de l'alinéa 108(1)e), que « les raisons qui lui ont fait demander l'asile *n'existent plus* » (italique ajouté). De plus, comme je l'ai déjà indiqué, aucun autre élément de preuve n'indique que les circonstances ont changé de quelque façon que ce soit en ce qui concerne les autres agents de persécution de M<sup>me</sup> Ravandi.

[52] Compte tenu de la preuve et du critère juridique applicable, il est loin d'être évident que la SPR aurait raisonnablement conclu à la perte de l'asile en raison d'un changement de circonstances. De plus, si la SPR n'était pas convaincue que la perte de l'asile découlait d'un changement de circonstances, il aurait été déraisonnable pour elle de ne pas examiner ensuite le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, soit le motif qui a été avancé à l'origine par le ministre, étant donné la preuve à l'appui de cette conclusion. En l'absence de toute contestation de la conclusion fondée sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, aucun fondement raisonnable ne permet de penser que le commissaire n'aurait pas conclu que le critère applicable à cet égard aurait été rempli dans le contexte de ce scénario hypothétique. En d'autres termes, aucun fondement raisonnable ne permet de penser que le résultat pour M<sup>me</sup> Ravandi aurait été différent. Elle aurait perdu l'asile parce qu'elle s'est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité et non en raison d'un changement de circonstances.

[53] La question la plus difficile est celle de savoir ce qui arriverait si, contrairement à ce qui précède, la SPR avait conclu à la perte de l'asile en raison d'un changement de circonstances. Serait-il raisonnable pour la SPR de mettre fin à son analyse et de ne pas examiner le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays? Dans l'affirmative, M<sup>me</sup> Ravandi se trouverait alors dans une meilleure position que celle dans laquelle elle se trouve maintenant, parce qu'elle conserverait son statut de résident permanent et ne serait pas interdite de territoire au Canada.

[54] *Al-Obeidi* strongly suggests that it would not be reasonable for the RPD to stop its analysis with a finding that refugee protection had ceased on the basis of changed circumstances. The evidence of reavilment appears to be “uncontradicted and uncontested.” It was certainly not contradicted or contested by the Minister, who had led it. To the extent that I can discern Ms. Ravandi’s position from the RPD’s reasons, it appears that she did not contest the essential factual allegations underlying the Minister’s application on the basis of reavilment. (Of course, whether the legal test for reavilment was satisfied is a different question.) Given the state of the evidence, following *Al-Obeidi*, the RPD would be required to go on to consider reavilment notwithstanding a positive finding under changed circumstances. And if it did so, there is no reasonable basis to think that the RPD would not find refugee protection to have ceased because of reavilment as well. As discussed above, this would not leave Ms. Ravandi any better off than she is now.

[55] There is some force to this argument. However, I have concluded that I do not need to answer the underlying question because it is simply too speculative to support a reasonable hypothetical. Having regard to the limited evidence of changed circumstances and the legal test that applies, I am not persuaded that the premise upon which this part of the hypothetical scenario is based—namely, that the RPD could reasonably find that refugee protection had ceased because of changed circumstances—is true. For this reason, Ms. Ravandi has not persuaded me that this is a reasonable route by which she could have arrived at a better outcome than the one she faces.

[56] In summary, I agree with Ms. Ravandi that the stakes for her in the cessation application were high. However, I do not agree with how she has framed those

[54] La décision *Al-Obeidi* donne fortement à penser qu’il ne serait pas raisonnable pour la SPR de mettre fin à son analyse dès qu’elle conclut à la perte de l’asile en raison d’un changement de circonstances. La preuve selon laquelle M<sup>me</sup> Ravandi s’est réclamée de nouveau de la protection de son pays semble être « non contredite et non contestée ». Elle n’a certainement pas été contredite ni contestée par le ministre, qui l’a présentée. Dans la mesure où je peux déduire la position de M<sup>me</sup> Ravandi des motifs de la SPR, il semble qu’elle n’ait pas contesté les allégations de fait essentielles qui sous-tendaient la demande du ministre fondée sur le fait que M<sup>me</sup> Ravandi s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays. (Bien entendu, la question de savoir si le critère juridique applicable à cet égard a été rempli est une question distincte.) Compte tenu de la preuve et conformément à la décision *Al-Obeidi*, la SPR serait donc tenue d’examiner aussi le fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays, même si elle conclut à la perte de l’asile sur le fondement d’un changement de circonstances. Ainsi, il n’y a aucune raison de penser que la SPR n’aurait pas également conclu à la perte de l’asile au motif que M<sup>me</sup> Ravandi s’est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité. Comme je l’ai déjà dit, M<sup>me</sup> Ravandi ne se trouverait donc pas dans une meilleure position que celle dans laquelle elle se trouve maintenant.

[55] Cet argument a un certain poids. Toutefois, j’ai conclu qu’il n’est pas nécessaire que je réponde à la question sous-jacente, parce qu’elle est tout simplement trop conjecturale pour appuyer une hypothèse raisonnable. Compte tenu de la preuve limitée de l’existence d’un changement de circonstances et du critère juridique applicable, je ne suis pas convaincu que la prémisse sur laquelle se fonde cette partie du scénario hypothétique, à savoir que la SPR aurait raisonnablement pu conclure à la perte de l’asile en raison d’un changement de circonstances, est vraie. Pour cette raison, M<sup>me</sup> Ravandi ne m’a pas convaincu qu’il s’agit d’une option raisonnable qui lui aurait permis d’obtenir un meilleur résultat que celui qu’elle a obtenu.

[56] Bref, je suis d’accord avec M<sup>me</sup> Ravandi pour dire que les enjeux de la demande de constat de perte d’asile étaient importants pour elle. Toutefois, je ne souscris

stakes—that is, as a choice between, on the one hand, a cessation determination that entailed the loss of her permanent resident status and her inadmissibility to Canada and, on the other hand, one that did not. In my view, there was never a reasonable basis for the RPD to order cessation for reasons that did not also lead to the loss of Ms. Ravandi’s permanent resident status and to her inadmissibility.

[57] Applying the test of responsive justification articulated in *Vavilov*, what this means is that there was no need for the RPD to “grapple” with the consequences of determining that Ms. Ravandi’s refugee protection had ceased on the basis of reavailment instead of changed circumstances, to explain why that decision best reflects the legislature’s intention, or to demonstrate that it had considered the consequences of this choice and justified them in light of the facts and the law (cf. *Vavilov*, at paragraphs 133–135). Put another way, on the issue of collateral legal consequences, the RPD was not required to justify the outcome entailed by its determination because no better outcome for Ms. Ravandi than the one arrived at was a reasonable possibility.

[58] The RPD’s determination that refugee protection had ceased on the basis of reavailment—a determination which, to repeat, stands unchallenged in this application—provided the requisite degree of justification, intelligibility and transparency, even considering all that was at stake for Ms. Ravandi. Since an outcome without the deleterious collateral legal consequences of this determination was not a reasonable possibility on the facts of this case, the RPD’s statement that, because the reavailment finding was “entirely dispositive” of the matter, it was not necessary to “consider any other issues that may arise under subsections 108(1)(b) through (e)” [at paragraph 35], also exhibits the requisite degree of justification, intelligibility and transparency notwithstanding the collateral consequences that follow from the reavailment finding.

pas à la façon dont elle a formulé ces enjeux, c’est-à-dire comme un choix entre, d’un côté, une décision sur la perte de l’asile qui entraîne la perte de son statut de résident permanent et son interdiction de territoire au Canada, et, de l’autre, une décision sur la perte de l’asile qui n’entraîne pas ces conséquences. À mon avis, il n’y a jamais eu de fondement raisonnable permettant à la SPR d’ordonner la perte de l’asile pour des motifs qui n’entraînent pas aussi la perte du statut de résident permanent pour M<sup>me</sup> Ravandi ou son interdiction de territoire au Canada.

[57] L’application du critère de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées, qui a été formulé dans l’arrêt *Vavilov*, signifie qu’il n’est pas nécessaire pour la SPR de « traiter » des conséquences de la décision selon laquelle M<sup>me</sup> Ravandi a perdu l’asile parce qu’elle s’est réclamée de nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité plutôt qu’en raison d’un changement de circonstances, d’expliquer pourquoi cette décision reflète le mieux l’intention du législateur ou de démontrer qu’elle a tenu compte des conséquences de son choix et les a justifiées au regard des faits et du droit (voir *Vavilov*, aux paragraphes 133 à 135). Autrement dit, en ce qui concerne la question des conséquences juridiques accessoires, la SPR n’était pas tenue de justifier le résultat causé par sa décision, parce qu’aucun résultat plus favorable pour M<sup>me</sup> Ravandi n’était raisonnablement possible.

[58] La décision de la SPR selon laquelle M<sup>me</sup> Ravandi a perdu l’asile parce qu’elle s’est réclamée de nouveau de la protection de son pays — une décision qui, je le répète, n’est pas contestée dans la présente demande — satisfaisait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence, même compte tenu des enjeux pour M<sup>me</sup> Ravandi. Comme il n’était pas raisonnablement possible, compte tenu des faits de la présente affaire, pour la SPR de rendre une décision n’entraînant pas de conséquences juridiques accessoires préjudiciables, la déclaration de la SPR [au paragraphe 35] portant qu’il n’était pas nécessaire pour elle d’« examiner d’autres questions qui pourraient se poser au titre des alinéas 108(1)b) à 108(1)e) », puisque la conclusion selon laquelle M<sup>me</sup> Ravandi s’est réclamée de nouveau de la protection de son pays était « entièrement

déterminant[e] » dans la présente affaire, satisfait aussi aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence, malgré les conséquences accessoires qui en ont découlé.

V. Conclusion

[59] For these reasons, the application for judicial review is dismissed.

[60] The parties did not propose any serious questions of general importance for certification under paragraph 74(d) of the IRPA. I agree that none arise.

JUDGMENT IN IMM-6830-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is dismissed.
2. No question of general importance is stated.

V. Conclusion

[59] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

[60] Les parties n'ont proposé aucune question grave de portée générale à certifier au titre de l'alinéa 74d) de la LIPR. Je conviens que l'affaire n'en soulève aucune.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER IMM-6830-19

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucune question de portée générale n'est formulée.



A-456-19 (lead file)  
A-457-19  
2020 FCA 140

A-456-19 (dossier principal)  
A-457-19  
2020 CAF 140

**Bell Canada, Bell MTS, MTS Inc., Bragg Communications Incorporated (c.o.b. Eastlink), Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., and Videotron Limited** (*Appellants*)

**Bell Canada, Bell MTS, MTS Inc., Bragg Communications Incorporated (faisant affaire sous le nom d'Eastlink), Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., et Videotron Limited** (*appelantes*)

v.

c.

**British Columbia Broadband Association, Canadian Network Operators Consortium Inc., Distributel Communications Limited, Ice Wireless Inc., Public Interest Advocacy Centre, Vaxination Informatique and Teksavvy Solutions Inc.** (*Respondents*)

**British Columbia Broadband Association, Consortium des opérateurs de réseaux canadiens Inc., Distributel Communications Limited, Ice Wireless Inc., le Centre pour la défense de l'intérêt public, Vaxination informatique et Teksavvy Solutions Inc.** (*intimés*)

**INDEXED AS: BELL CANADA v. BRITISH COLUMBIA BROADBAND ASSOCIATION**

**RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. BRITISH COLUMBIA BROADBAND ASSOCIATION**

Federal Court of Appeal, Dawson, Stratas and Woods J.J.A.—By videoconference, June 25 and 26; Ottawa, September 10, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Stratas et Woods, J.C.A.—Par vidéoconférence, 25 et 26 juin; Ottawa, 10 septembre 2020.

*Telecommunications — Consolidated appeals from Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC or Commission) order called Follow-up to Telecom Orders 2016-396 and 2016-448 – Final rates for aggregated wholesale high-speed access services (15 August 2019), Telecom Order CRTC 2019-288 (TO 2019-288), which set final rates that large telephone, cable companies could charge for aggregated wholesale high-speed access services provided to competitors — Order provided that final rates would be applied retroactively — Bell Canada, MTS Inc., Bell MTS, large telephone companies, sought, obtained leave to appeal TO 2019-288 — Bragg Communications Incorporated, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., Videotron Limited, large cable carriers, also sought, obtained leave to appeal Order — While CRTC not regulating provision of Internet services to retail customers, CRTC regulating provision of wholesale high-speed access services by large telephone, cable companies to competitors — Whether appellants raising grounds of appeal that were not questions of law or jurisdiction properly before Court; whether CRTC breaching principles of procedural fairness or engaged in arbitrary decision-making; whether CRTC's reasons failed to comply with statutory reasons requirement; whether CRTC imposed unconstitutional tax — While appellants' first three grounds of appeal (i) Commission breaching principles of procedural fairness,*

*Télécommunications — Appels regroupés, interjetés à l'encontre d'une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil ou le CRTC) appelée le Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupé (15 août 2019), ordonnance de télécom CRTC 2019 288 (l'OT 2019-288), qui fixe les tarifs définitifs que les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie peuvent facturer pour les services d'accès haute vitesse de gros groupés fournis aux concurrents — L'ordonnance prévoyait que les tarifs définitifs s'appliqueraient rétroactivement — Bell Canada, MTS Inc. et Bell MTS, de grandes entreprises de téléphonie, ont demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de l'OT 2019-288 — Bragg Communications Incorporated, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P. et Videotron Limited, de grandes entreprises de câblodistribution, ont également demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de cette ordonnance — Si le CRTC ne réglemente pas la fourniture de services Internet aux clients de détail, il réglemente cependant la fourniture de services d'accès haute vitesse de gros par les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie aux concurrents — Il s'agissait de savoir si les appelantes ont fait valoir des motifs d'appel qui n'étaient ni des questions de*



engaged in arbitrary decision-making; (ii) Commission failing to comply with statutory reasons requirement; (iii) Commission imposing unconstitutional tax) raising questions of law or jurisdiction, remaining two grounds ((iv) Commission failing to exercise its powers with view to ensuring that appellants' rates "just and reasonable"; (v) Commission failing to exercise its powers with view to implementing Canadian telecommunications policy objectives set out in Telecommunications Act, s. 7, Cabinet Direction) being problematic — Whether rates just, reasonable not question of law or jurisdiction — Cable carriers not citing any evidence in support of submission that final rates insufficient to cover their costs while Bell relying on new evidence to support argument — Act, s. 27(1) read in conjunction with s. 27(3) demonstrating that whether rates just, reasonable under statute is factually suffused question of mixed law, fact — Commission may adopt any method or technique that it considers appropriate to determine whether rate just, reasonable — Challenges to Commission's choice of methodologies, assessment of evidence relating to selected methodologies not matters of law or jurisdiction properly before Court — Appellants' argument that Commission failed to implement or consider policy objectives enumerated in Act, s. 7 not question of law or jurisdiction properly before Court — Given Commission's broad authority to consider any or all policy objectives, Commission's treatment of policy objectives not raising questions of law or jurisdiction — Therefore, these two grounds of appeal not questions of law or jurisdiction; falling outside scope of Act, s. 64(1) — Cable carriers asserted that CRTC breaching principles of procedural fairness, impermissibly fettered its discretion, or acted arbitrarily with respect to specific costing factors — However, appellants not demonstrating any error of law or jurisdiction arising out of any breach of procedural fairness or arbitrary decision-making — CRTC's reasons not failing to comply with legislative reasons requirement — Assuming, without deciding, that Commission subject to mandatory requirement to give reasons explaining its implementation of telecommunications policy objectives set out in Act, s. 7, show compliance with Cabinet Direction, it did so — Commission's reasons satisfactorily addressed policy objectives, arguments, issues raised by parties; reasons thus adequate — Commission aware of policy concerns appellants identified; engaged with those concerns, addressed them adequately in its reasons — Under Act, s. 52(1), Commission authorized to determine any question of law, including constitutional issues — Appellants knew that issue before Commission was whether final rates should be set retroactively; provided no explanation as to why unconstitutional tax issue not raised before Commission — Therefore, Bell appellants could not be permitted to raise this issue for first time on appeal — Appeals dismissed.

droit ni des questions de compétence dont la Cour pouvait être saisie; si le CRTC a manqué aux principes d'équité procédurale ou rendu une décision arbitraire; si le CRTC a fourni des motifs ne satisfaisant pas à une exigence légale quant aux motifs; et si le CRTC a imposé une taxe anticonstitutionnelle — Si les trois premiers motifs d'appel invoqués par les appelantes ((i) le Conseil a manqué aux principes d'équité procédurale et a pris une décision arbitraire; (ii) le Conseil a manqué à une exigence légale quant aux motifs; (iii) le Conseil a imposé une taxe anticonstitutionnelle) soulevaient des questions de droit ou de compétence, les deux autres motifs ((iv) le Conseil n'a pas exercé ses pouvoirs de manière à ce que les tarifs imposés aux appelantes soient « justes et raisonnables »; (v) le Conseil n'a pas exercé ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'art. 7 de la Loi sur les télécommunications et dans les instructions du Cabinet) étaient plus problématiques — La question de savoir si les tarifs étaient justes et raisonnables n'était pas une question de droit ou de compétence — Les câblodistributeurs n'ont cité aucun élément de preuve à l'appui de leur observation selon laquelle les tarifs définitifs ne leur permettaient pas de recouvrer leurs coûts, tandis que les éléments de preuve sur lesquels Bell s'est fondée à l'appui de son observation étaient des éléments nouveaux — Si l'on interprète l'art. 27(1) en conjonction avec l'art. 27(3), on constate que la question de savoir si les tarifs sont justes et raisonnables conformément à la Loi est une question mixte de fait et de droit — Le Conseil peut adopter toute méthode ou technique qu'il estime appropriée pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables — La contestation des méthodes choisies par le Conseil et de son appréciation des éléments de preuve pertinents pour l'application des méthodes choisies n'était pas une question de droit ou de compétence dont la Cour pouvait être saisie — L'observation des appelantes selon laquelle le Conseil n'a ni réalisé ni pris en considération les objectifs de la politique énumérés à l'art. 7 de la Loi ne soulevait pas une question de droit ou de compétence dont la Cour pouvait être saisie — Étant donné le vaste pouvoir du Conseil de prendre en considération tous les objectifs de la politique ou seulement certains d'eux, la façon dont le Conseil a pris en considération les objectifs de la politique n'a pas soulevé de questions de droit ou de compétence — Par conséquent, ces deux motifs d'appel n'étaient pas des questions de droit ou de compétence et ils excédaient la portée de l'art. 64(1) de la Loi — Les câblodistributeurs ont affirmé que le CRTC avait manqué aux principes d'équité procédurale, avait limité indûment son pouvoir discrétionnaire ou agi arbitrairement à l'égard de certains facteurs servant à l'établissement des coûts — Toutefois, les appelantes n'ont démontré l'existence d'aucune erreur de droit ou de compétence découlant d'un quelconque manquement à l'équité procédurale ou d'une quelconque décision arbitraire — Les motifs fournis par le CRTC n'omettaient pas de satisfaire à une exigence légale quant aux motifs — À supposer, sans que l'on tire de conclusion en ce sens, que le Conseil ait eu l'obligation de fournir des motifs expliquant la façon dont il met en œuvre des objectifs de la politique de télécommunication

*énoncés à l'art. 7 de la Loi et de démontrer la conformité des mesures aux instructions du Cabinet, c'est ce qu'il a fait — Les motifs du Conseil ont fait référence de manière satisfaisante aux objectifs de la politique et aux arguments et questions soulevés par les parties, et ils étaient donc adéquats — Le Conseil était conscient des réserves relatives à la politique soulevées par les appelantes; il en a tenu compte et il en a parlé de manière adéquate dans ses motifs — Aux termes de l'art. 52(1), le Conseil « connaît [...] des questions de droit », lesquelles incluent les questions constitutionnelles — Les appelantes savaient que le Conseil était saisi de la question de savoir si les tarifs définitifs devaient s'appliquer rétroactivement; elles n'ont pas expliqué pourquoi la question de la taxe anticonstitutionnelle n'avait pas été soulevée devant celui-ci — Par conséquent, les appelantes Bell ne pouvaient être autorisées à soulever cette question pour la première fois en appel — Appels rejetés.*

These were consolidated appeals from a Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC or Commission) order called *Follow-up to Telecom Orders 2016-396 and 2016-448 – Final rates for aggregated wholesale high-speed access services* (15 August 2019), Telecom Order CRTC 2019-288 (TO 2019-288), which set final rates that the large telephone and cable companies could charge for aggregated wholesale high-speed access services provided to competitors. The order provided that the final rates would be applied retroactively. Bell Canada, MTS Inc., and Bell MTS, large telephone companies, sought and obtained leave to appeal TO 2019-288. Bragg Communications Incorporated, carrying on business as Eastlink, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P. and Videotron Limited, large cable carriers, also sought and obtained leave to appeal the order. The leave applications were granted and orders issued staying TO 2019-288 until the issuance of the Court's final judgments on the appeals. Subsequently, the appeals were consolidated.

While the CRTC does not regulate the provision of Internet services to retail customers, it does regulate the provision of wholesale high-speed access services by large telephone and cable companies to the competitors. In particular, the CRTC sets the rates that the large telephone and cable companies are permitted to charge competitors for wholesale high-speed access services.

On this consolidated appeal, the telephone companies argued that the CRTC “erred in law or jurisdiction” by, in particular, failing to exercise its powers with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives set out in

Il s'agissait d'appels regroupés qui ont été interjetés à l'encontre d'une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil ou le CRTC) appelée le *Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupé* (15 août 2019), ordonnance de télécom CRTC 2019-288 (l'OT 2019-288), qui fixe les tarifs définitifs que les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie peuvent facturer pour les services d'accès haute vitesse de gros groupés fournis aux concurrents. L'ordonnance prévoyait que les tarifs définitifs s'appliqueraient rétroactivement. Bell Canada, MTS Inc. et Bell MTS, de grandes entreprises de téléphonie, ont demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de l'OT 2019-288. Bragg Communications Incorporated, faisant affaire sous le nom d'Eastlink, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P. et Videotron Limited, de grandes entreprises de câblodistribution, ont également demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de cette ordonnance. Les demandes d'autorisation ont été accueillies et, par ordonnance, l'OT 2019-288 a été suspendue jusqu'au prononcé des arrêts définitifs de la Cour sur les appels. Par la suite, les appels ont été regroupés.

Si le CRTC ne réglemente pas la fourniture de services Internet aux clients de détail, il réglemente cependant la fourniture de services d'accès haute vitesse de gros par les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie aux concurrents. En particulier, le CRTC fixe les tarifs que les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie sont autorisées à facturer aux concurrents pour les services d'accès haute vitesse de gros.

Dans le présent appel consolidé, les entreprises de téléphonie ont soutenu que le CRTC a « commis une erreur de droit ou de compétence », notamment en n'exerçant pas ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne

section 7 of the *Telecommunications Act* (Act) and in accordance with a direction given to the CRTC by the Governor in Council, all as required by section 47 of the Act; failing to exercise its powers with a view to ensuring that the telephone companies charge “just and reasonable” rates in accordance with section 27 of the Act, and as required by section 47 of the Act; and by imposing an unconstitutional tax, contrary to section 53 of the *Constitution Act, 1867*. For their part, the cable carriers argued the CRTC committed one or more legal or jurisdictional errors, either in issuing TO 2019-288 or during the rate-setting proceeding that culminated in the issuance of that Order. More particularly, the cable carriers argued that the CRTC failed to consider relevant and cogent evidence they submitted and made decisions on the basis of no evidence, irrelevant evidence or irrelevant considerations; acted arbitrarily by treating the available evidence in an inconsistent and *ad hoc* fashion; and breached some principles of natural justice. As for the respondents, they are or represent independent Internet service providers that purchase wholesale high-speed access services. They submitted, in particular, that all of the asserted grounds of appeal should be dismissed on their merits.

The Governor in Council gave directions to the CRTC that were binding upon it at the time it issued the decision under appeal: *Order Issuing a Direction to the CRTC on Implementing the Canadian Telecommunications Policy Objectives*, SOR/2006-355 (Cabinet Direction). TO 2019-288 did not spring into existence in a factual vacuum; it had antecedents. The decision expressly incorporated as “Related documents” a number of prior decisions of the CRTC, including Telecom regulatory policies and orders.

The issues were whether the appellants raised grounds of appeal that were not questions of law or jurisdiction properly before the Court; whether the CRTC breached the principles of procedural fairness or engaged in arbitrary decision-making; whether the reasons of the CRTC failed to comply with a statutory reasons requirement; and whether the CRTC imposed an unconstitutional tax.

*Held*, the appeals should be dismissed.

The grounds of appeal presented by the appellants in this case were: (i) the Commission breached the principles of procedural fairness and engaged in arbitrary decision-making; (ii) the Commission failed to comply with a statutory reasons requirement; (iii) the Commission imposed an unconstitutional tax; (iv) the Commission failed to exercise its powers with a view to ensuring that the appellants’ rates are “just and reasonable”; and

de télécommunication énoncés à l’article 7 de la *Loi sur les télécommunications* (la Loi), et de manière conforme aux instructions données au CRTC par le gouverneur en conseil, comme l’exige l’article 47 de la Loi; en n’exerçant pas ses pouvoirs de manière à garantir que les entreprises de téléphonie imposent des tarifs « justes et raisonnables » conformément à l’article 27 de la Loi, comme l’exige l’article 47 de la Loi; et en imposant une taxe anticonstitutionnelle, ce qui est contraire à l’article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour leur part, les câblodistributeurs ont soutenu que le CRTC a commis une ou plusieurs erreurs de droit ou de compétence, soit en rendant l’OT 2019-288, soit au cours de la procédure d’établissement des tarifs qui a débouché sur cette ordonnance. Plus précisément, les câblodistributeurs ont affirmé que le CRTC n’a pas tenu compte d’éléments de preuve pertinents et convaincants présentés par les câblodistributeurs et a pris des décisions fondées sur aucun élément de preuve, sur des éléments de preuve non pertinents ou sur des facteurs non pertinents; a agi arbitrairement en traitant les éléments de preuve à sa disposition de manière incohérente et singulière; et a manqué à des principes de justice naturelle. Les intimés représentent ou sont des fournisseurs indépendants de services Internet qui achètent des services d’accès haute vitesse de gros. Ils ont soutenu, plus particulièrement, que tous les motifs d’appel invoqués devraient être rejetés sur le fond.

Le gouverneur en conseil a donné au CRTC des instructions qui le liaient au moment où il a rendu la décision frappée d’appel : *Décret donnant au CRTC des instructions relativement à la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication*, DORS/2006-355 (les instructions du Cabinet). L’OT 2019-288 n’est pas apparue du néant, elle avait des antécédents. La décision inclut expressément dans les « documents connexes » plusieurs décisions antérieures du CRTC, notamment les politiques réglementaires et les ordonnances de télécom.

Il s’agissait de savoir si les appelantes ont fait valoir des motifs d’appel qui n’étaient ni des questions de droit ni des questions de compétence dont la Cour pouvait être saisie; si le CRTC a manqué aux principes d’équité procédurale ou rendu une décision arbitraire; si le CRTC a fourni des motifs ne satisfaisant pas à une exigence légale quant aux motifs; et si le CRTC a imposé une taxe anticonstitutionnelle.

*Arrêt* : les appels doivent être rejetés.

Les motifs d’appel invoqués par les appelantes en l’espèce étaient les suivants : (i) le Conseil a manqué aux principes d’équité procédurale et a pris une décision arbitraire; (ii) le Conseil a manqué à une exigence légale quant aux motifs; (iii) le Conseil a imposé une taxe anticonstitutionnelle; (iv) le Conseil n’a pas exercé ses pouvoirs de manière à ce que les tarifs imposés aux appelantes soient « justes et raisonnables »;

(v) the Commission failed to exercise its powers with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives set out in section 7 of the Act and the Cabinet Direction. While the first three of the proffered grounds of appeal raised questions of law or jurisdiction, the remaining two were more problematic. Whether the rates were just and reasonable was not a question of law or jurisdiction. The cable carriers did not cite any evidence in support of their submission that the final rates were insufficient to cover their costs. The evidence Bell relied upon to argue that the actual cost of providing wholesale HSA services was substantially higher than the CRTC rate was new evidence. Subsections 27(1), (3) and (5) of the Act, which deal with this issue, were relevant. Reading subsection 27(1) in conjunction with subsection (3) demonstrates that whether rates are “just and reasonable” under the statute is a factually suffused question of mixed law and fact. This type of question cannot be entertained under subsection 64(1) of the Act, a view reinforced by subsection 27(5). The Commission may adopt any method or technique that it considers appropriate to determine whether a rate is just and reasonable. It enjoys considerable deference in determining the factors to be considered and the methodology that may be adopted for assessing whether rates are just and reasonable. Challenges to the Commission’s choice of methodologies and its assessment of evidence relevant to the selected methodologies were not matters of law or jurisdiction properly before the Court. A similar conclusion was reached respecting the appellants’ argument that the Commission failed to implement or even consider the policy objectives enumerated in section 7 of the Act, thus committing a jurisdictional error. The appellants’ argument that the Commission failed to implement or consider the policy objectives enumerated in section 7 of the Act again was not a question of law or jurisdiction properly before the Court. Given in particular the Commission’s broad authority to consider any or all policy objectives, the Commission’s treatment of the policy objectives did not raise questions of law or jurisdiction. Any disagreement with the Commission’s policy choices was a matter to be pursued with the Commission or the Governor in Council—not the Court. Therefore, these two grounds of appeal were not questions of law or jurisdiction and thus fell outside the scope of subsection 64(1) of the Act.

The cable carriers asserted that the CRTC breached the principles of procedural fairness, impermissibly fettered its discretion, or acted arbitrarily with respect to the following costing factors: the productivity factor, upstream traffic growth

(v) le Conseil n’a pas exercé ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l’article 7 de la Loi et dans les instructions du Cabinet. Si les trois premiers motifs d’appel invoqués soulevaient des questions de droit ou de compétence, les deux autres motifs étaient plus problématiques. La question de savoir si les tarifs étaient justes et raisonnables n’était pas une question de droit ou de compétence. Les câblodistributeurs n’ont cité aucun élément de preuve à l’appui de leur observation selon laquelle les tarifs définitifs ne leur permettaient pas de recouvrer leurs coûts. Les éléments de preuve sur lesquels Bell s’est fondée pour affirmer que le coût réel de la fourniture de services d’AHV de gros est considérablement plus élevé que les tarifs fixés par le CRTC étaient des éléments nouveaux. Les paragraphes 27(1), (3) et (5) de la Loi, qui portent sur cette question, étaient pertinents. Si l’on interprète le paragraphe 27(1) en conjonction avec le paragraphe (3), on constate que la question de savoir si les tarifs sont « justes et raisonnables » conformément à la Loi est une question mixte de fait et de droit dominée par les faits. Le paragraphe 64(1) de la Loi n’autorise pas l’examen de ce type de question, et le paragraphe 27(5) vient étayer ce point de vue. Le Conseil peut adopter toute méthode ou technique qu’il estime appropriée pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables. Il faut faire preuve d’une grande retenue dans l’examen des décisions sur les facteurs à prendre en compte et la méthode qui peut être adoptée pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables. La contestation des méthodes choisies par le Conseil et de son appréciation des éléments de preuve pertinents pour l’application des méthodes choisies n’était pas une question de droit ou de compétence dont la Cour pouvait être saisie. Une conclusion semblable a été tirée à l’égard de l’observation des appelantes selon laquelle le Conseil n’a ni réalisé ni même pris en considération les objectifs de la politique énumérés à l’article 7 de la Loi, commettant ainsi une erreur de compétence. L’observation des appelantes selon laquelle le Conseil n’a pas réalisé ni pris en considération les objectifs de la politique énoncés à l’article 7 de la Loi ne soulevait pas non plus une question de droit ou de compétence dont la Cour pouvait être saisie. Étant donné, plus particulièrement, le vaste pouvoir du Conseil de prendre en considération tous les objectifs de la politique ou seulement certains d’eux, la façon dont le Conseil a pris en considération les objectifs de la politique n’a pas soulevé de questions de droit ou de compétence. Toute contestation des choix du Conseil à l’égard de la politique était du ressort du Conseil ou du gouverneur en conseil, et non de la Cour. Par conséquent, ces deux motifs d’appel n’étaient pas des questions de droit ou de compétence et ils excédaient donc la portée du paragraphe 64(1) de la Loi.

Les câblodistributeurs ont affirmé que le CRTC avait manqué aux principes d’équité procédurale, avait limité indûment son pouvoir discrétionnaire ou agi arbitrairement à l’égard des facteurs suivants servant à l’établissement des coûts :

rates, the attribution of segmentation fibre costs to Internet services, speed-banding, unrecovered costs, working fill factors, segmentation fibre facilities, coaxial cable facilities and annual development costs. The telephone companies alleged the same error regarding the productivity factor as the cable carriers asserted. Three elements of the duty of fairness were said to be breached by the CRTC: (i) the right to have the rates determined by a fair, impartial and open-minded decision maker; (ii) the right to know the case the cable carriers had to meet and to put forward their case fully and fairly; and (iii) the right to receive reasons that met the requirements of the Act and the Cabinet Direction. There was no breach of procedural fairness, arbitrary decision-making or disregard of any legitimate expectation as to the conduct of the rate-setting process. The parties knew the issues that were in play and were afforded the opportunity to adduce evidence and make submissions on those issues. The parties' real complaint was that the Commission rejected their submissions.

As to the productivity factor, in TD 2016-117, the CRTC established an annual productivity factor of minus 26.4 percent. The issue before the Court was not the correctness or reasonableness of this productivity factor but whether the cable carriers' right to procedural fairness was breached when the Commission selected this productivity factor or whether the Commission arbitrarily, without explanation, preferred obsolete data. The cable carriers did not demonstrate any procedural unfairness or arbitrariness. The Commission sought company-specific information and gave clear and fair warning of the consequence that would follow from a failure to provide such information or a rationale for a deviation that was accompanied by supporting evidence. Reading the reasons in the light of the record, the explanation for the Commission's use of a productivity factor of minus 26.4 percent was clear. It wished company-specific information, not third-party data. While the choice to require company-specific information may not have been what the cable carriers wanted, the CRTC may select any method it considers appropriate when setting rates. The cable carriers were given a fair process, which they chose not to follow. In substance, the cable carriers objected to the reasonableness of the productivity factor determined by the Commission. This was not a question of law or jurisdiction properly before the Court.

Concerning upstream traffic growth rates, there was no procedural unfairness. The 32 percent growth rate set in

le facteur de productivité, les taux de croissance du trafic en amont, l'attribution des coûts de fibre de segmentation aux services Internet, les tranches de vitesses, les coûts non recouverts, les facteurs d'utilisation, les installations de fibre de segmentation, les installations de câbles coaxiaux et les coûts de développement annuels. Les entreprises de téléphonie ont allégué la même erreur à l'égard du facteur de productivité que les câblodistributeurs. Il a été soutenu que le CRTC aurait manqué à trois éléments de l'obligation d'équité : (i) le droit des câblodistributeurs de voir les tarifs déterminés par un décideur juste, impartial et ouvert d'esprit; (ii) leur droit de connaître les observations auxquelles ils devraient répondre et de faire valoir leurs arguments pleinement et équitablement; et (iii) leur droit de recevoir des motifs qui satisfont aux exigences de la Loi et des instructions du Cabinet. Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale ni décision arbitraire et il n'a pas été fait fi des attentes légitimes quant au déroulement du processus d'établissement des tarifs. Les parties connaissaient les questions en litige et elles ont eu la possibilité de présenter des éléments de preuve et de formuler des observations sur ces questions. En réalité, les parties ont contesté la décision du Conseil de ne pas souscrire à leurs observations.

En ce qui concerne le facteur de productivité, dans la DT 2016-117, le CRTC a établi un facteur de productivité annuelle de moins 26,4 p. 100. La question en litige dont la Cour a été saisie n'était pas celle de savoir si ce facteur de productivité était correct ou raisonnable, mais celle de savoir s'il y a eu violation du droit à l'équité procédurale des câblodistributeurs lorsque le Conseil a choisi ce facteur de productivité, et de savoir si le Conseil a arbitrairement, sans explication, préféré des données désuètes. Les câblodistributeurs n'ont pas prouvé qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale ni décision arbitraire. Le Conseil a demandé des renseignements propres à l'entreprise et a donné un avertissement clair et juste des conséquences qui découleraient de l'omission de fournir ces renseignements ou une justification à une dérogation accompagnée d'éléments de preuve. Si on interprète les motifs à la lumière du dossier, l'explication fournie par le Conseil sur son utilisation d'un facteur de productivité de moins 26,4 p. 100 était claire. Il demandait des renseignements propres aux entreprises, et non des données de tiers. Si le choix d'exiger des renseignements propres aux entreprises n'était peut-être pas celui que les câblodistributeurs souhaitaient, le CRTC peut toutefois choisir la méthode qu'il estime appropriée pour fixer les tarifs. Les câblodistributeurs se sont fait offrir une procédure équitable, mais ils ont choisi de ne pas suivre cette procédure. Essentiellement, les câblodistributeurs ont contesté le caractère raisonnable du facteur de productivité établi par le Conseil. Il ne s'agissait pas d'une question de droit ou de compétence dont la Cour pouvait être saisie.

En ce qui concerne les taux de croissance du trafic en amont, il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale.



TD 2016-117 was a substantive finding of the CRTC, which was revised in TO 2019-288 in the face of new evidence. As the doctrine of legitimate expectation protects procedural, not substantive expectations, neither Rogers nor Cogeco could have any enforceable reasonable expectation that rates would be set on the basis of an assumed 32 percent annual growth rate. Further, both Rogers and Cogeco must be assumed to have understood the express premise of TD 2016-117 and to have known that their historical annual peak period upstream traffic growth rates had been declining. Armed with that knowledge, they were able to make informed submissions to the Commission on an appropriate rate. The fact that the Commission rejected those submissions did not amount to a breach of procedural fairness.

As to attribution of segmentation costs, the Commission remained of the view that because the facilities were used to provide a variety of services, it would not be appropriate to attribute 100 percent of the cost of these facilities to retail Internet and wholesale HSA services. In the absence of any evidence about any incremental cost for other services, the Commission determined that the attribution factor of 75 percent continued to be appropriate. There was no procedural unfairness. The cable carriers were aware of the issue, filed their evidence, offered their submissions and replied to requests for information. Their complaint was with the Commission's decision not to attribute 100 percent of the cost of segmentation facilities to Internet services, not with the fairness of the Commission's process.

With respect to speed banding, in one of its prior decisions, (TD 2016-117) the Commission determined that rate-setting for all wholesale HSA services would be done in accordance with the speed-banding approach. It did not establish how the various costs would be allocated to different rate components. Also, the Commission specifically solicited submissions from the parties on the issue of speed-banding further to its decision. Accordingly, new costing models were solicited; however, there was no evidence suggesting that the cable carriers provided such cost studies. The cable carriers knew this issue was in play and were given the opportunity to file new costing models. There was no procedural unfairness. The doctrine of legitimate expectations does not protect a substantive expectation that the CRTC would continue to set access rates that vary across speed-bands.

Regarding unrecovered costs, during the rate-setting hearing at issue, Rogers submitted evidence of two categories of unrecovered costs totalling \$52.3 million. It also submitted

Le taux de croissance de 32 p. 100 fixé dans la DT 2016-117 était une conclusion de fond du CRTC, qui a été révisée dans l'OT 2019-288 à la lumière de nouveaux éléments de preuve. Comme la théorie de l'attente légitime protège les attentes en matière de procédure et non les attentes concernant le fond, ni Rogers ni Cogeco ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les tarifs soient fixés en fonction d'un taux de croissance annuelle présumé de 32 p. 100. En outre, il faut supposer que Rogers et Cogeco ont toutes deux compris le fondement explicite de la DT 2016-117 et qu'elles savaient que leurs taux historiques de croissance annuelle du trafic en amont en période de pointe avaient diminué. Fortes de ces connaissances, elles ont pu présenter au Conseil des observations éclairées sur le taux approprié. Le fait que le Conseil n'ait pas souscrit à ces observations n'a pas constitué un manquement à l'équité procédurale.

En ce qui concerne l'attribution des coûts de segmentation, le Conseil est demeuré d'avis que, puisque les installations servaient à fournir divers services, il ne serait pas approprié d'attribuer 100 p. 100 des coûts de ces installations aux services Internet de détail et aux services d'AHV de gros. Faute d'éléments de preuve sur les coûts différentiels pour d'autres services, le Conseil a conclu que le facteur d'attribution de 75 p. 100 convenait toujours. Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale. Les câblodistributeurs savaient quelle était la question en litige, ils ont produit leurs éléments de preuve, ils ont présenté leurs observations et ils ont répondu aux demandes de renseignements. Ce qu'ils ont contesté est la décision du Conseil de ne pas attribuer 100 p. 100 du coût des installations de segmentation aux services Internet, et non l'équité de la procédure devant le Conseil.

En ce qui concerne les tranches de vitesses, dans l'une de ses décisions antérieures (DT 2016-117), le Conseil a conclu que les tarifs de tous les services d'AHV de gros seraient établis selon la méthode des tranches de vitesses. Il n'a pas établi la façon dont les différents coûts seraient répartis entre les différentes composantes tarifaires. En outre, le Conseil a expressément demandé aux parties de présenter des observations sur la question des tranches de vitesses après sa décision. En conséquence, de nouveaux modèles de calcul des coûts ont été demandés; mais il n'y avait aucun élément de preuve montrant que les câblodistributeurs ont fourni de telles études de coûts. Les câblodistributeurs savaient que cette question serait examinée et ont eu la possibilité de déposer de nouveaux modèles de calcul des coûts. Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale. La théorie des attentes légitimes ne protège pas l'attente de fond selon laquelle le CRTC continuerait à fixer des tarifs d'accès qui varient selon les tranches de vitesses.

En ce qui concerne les coûts non recouvrés, lors de l'audience sur l'établissement des tarifs visés en l'espèce, Rogers a présenté des éléments de preuve quant à deux catégories de

proposed rates for consideration by the Commission based upon its revised cost study and which included unrecovered costs. In the decision at issue, the CRTC not only rejected the higher rates proposed by Rogers but found that the interim rates set in 2016 were not just and reasonable. The Commission set rates that were lower than the then existing interim rates and made such rates retroactive in order to ensure that wholesale HSA service providers applied just and reasonable rates. Thus, the Commission's reasons disposed of both parts of Rogers' unrecovered costs claim. Rogers' cost study was rejected because the CRTC found it overestimated how much it actually cost Rogers to provide wholesale HSA services. There was no valid claim for breach of procedural fairness or arbitrariness. Rogers' real complaint was with the quantum of the tariff approved by the Commission, a complaint that was outside the scope of the Court's reviewing function.

As to working fill factors, they represent the point at which network equipment must be upgraded to handle increased usage. In a previous Telecom Regulatory Policy, the Commission determined that companies could propose a company-specific working fill factor (WFF) for a particular facility for use in a cost study so long as the company met five enumerated conditions. The Commission also determined that when a company-specific proposed WFF did not meet the enumerated conditions, the Commission-mandated WFFs were to be used. Throughout the rate-setting proceedings under review, the appellants proposed company-specific WFFs. The CRTC found these proposals did not satisfy the relevant conditions and so it rejected them. The Commission did not fetter its discretion. An administrative decision maker fetters the exercise of their discretion by relying exclusively on an administrative policy without regard to the law. This is not what the Commission did in this case. The CRTC also did not close its eyes to the evidence. The Commission found the proposed company-specific measured WFFs were not appropriate for use in cost studies not satisfying all the conditions. This was a determination open to the Commission.

Segmentation fibre facilities transport various services, such as television and Internet, to end-users. The cable carriers submitted that the Commission should abandon the technology cost factor methodology used to estimate segmentation fibre facility costs. Instead, they advocated use of the replacement cost approach. During the course of the rate-setting proceeding, the CRTC sought submissions about the appropriateness of estimating the costs for segmentation fibre facilities using

coûts non recouverts, pour un total de 52,3 millions de dollars. Rogers a présenté également au Conseil des propositions des tarifs, fondées sur son étude de coûts révisée, et a tenu compte des coûts non recouverts dans ces tarifs proposés. Dans la décision contestée, le CRTC a non seulement rejeté les tarifs plus élevés proposés par Rogers, mais a également conclu que les tarifs provisoires fixés en 2016 n'étaient pas justes et raisonnables. Le Conseil a fixé des tarifs inférieurs aux tarifs provisoires alors en vigueur et a rendu ces tarifs rétroactifs afin de garantir que les fournisseurs de services d'AHV de gros appliquent des tarifs justes et raisonnables. Donc, les motifs du Conseil répondent aux deux aspects des observations de Rogers sur les coûts non recouverts. Le CRTC a rejeté l'étude de coûts de Rogers parce qu'il a conclu que l'étude surestimait ce qu'il en coûtait réellement à Rogers pour fournir des services d'AHV en gros. Il n'y avait pas de fondement valable aux allégations de manquement à l'équité procédurale et de décision arbitraire. Ce qu'a contesté en fait Rogers est le montant du tarif approuvé par le Conseil, une question qui ne relevait pas des fonctions de contrôle de la Cour.

Quant aux facteurs d'utilisation, ils représentent le point auquel l'équipement de réseau doit être mis à niveau pour répondre à une utilisation croissante. Dans une Politique réglementaire de télécom antérieure, le Conseil a déterminé que les entreprises pouvaient proposer un facteur d'utilisation (FU) propre à elles pour une installation donnée, pour utilisation dans une étude de coûts, à condition que l'entreprise remplisse cinq conditions énumérées. Le Conseil a également conclu que, lorsque le FU proposé par une entreprise ne remplissait pas les conditions énumérées, les FU établis par le Conseil devaient être utilisés. Au cours de la procédure d'établissement des tarifs visée, les appelantes ont proposé des FU propres aux entreprises. Le CRTC a conclu que ces propositions ne remplissaient pas les conditions pertinentes et les a donc rejetées. Le CRTC n'a pas entravé son pouvoir discrétionnaire. Un décideur administratif entrave l'exercice de son pouvoir discrétionnaire s'il se fonde exclusivement sur une politique administrative sans tenir compte de la loi. Ce n'est pas ce qu'a fait le Conseil en l'espèce. Le CRTC n'a pas fermé les yeux non plus sur les éléments de preuve. Le Conseil a conclu que les FU mesurés proposés par les entreprises n'étaient pas ceux qu'il convenait d'utiliser dans les études de coûts qui ne remplissaient pas toutes les conditions. Le Conseil pouvait tirer une telle conclusion.

Les installations de fibre de segmentation amènent divers services, comme la télévision et l'Internet, jusqu'aux utilisateurs finaux. Les câblodistributeurs ont fait valoir que le Conseil devrait abandonner la méthode du facteur de coût technologique pour l'estimation des coûts des installations de fibre de segmentation. Ils ont plutôt préconisé l'utilisation de la méthode de la valeur à neuf. Lors de la procédure d'établissement des tarifs, le CRTC a sollicité des observations sur la



the technology cost factor in place of the cable carriers' proposed approach. The Commission received and considered the submissions it received in response. The cable carriers' assertion that the Commission ignored evidence was unfounded. Their real complaint was with how the CRTC interpreted and applied the facts before it.

Respecting coaxial cable facilities, the Commission did not reject the application of capacity costing to new coaxial facilities as the relevant Manuals mandate to estimate costs associated with shared facilities such as coaxial cable facilities. In its reasons, the CRTC confirmed that capacity costing is generally used when the use of existing shared facilities results in the advancement of future relief of facilities. However, in the case of existing coaxial facilities, the Commission determined that there was no cost advancement because, while segmentation requires the addition of an optical node along with fibre facilities, no additional coaxial facilities were required. Also, the Commission did not apply a "novel and unwarranted methodology" but confirmed that it included depreciation and operating expense amounts provided by the cable carriers to estimate coaxial facility costs. Therefore, the cable carriers did not demonstrate any breach of procedural fairness.

As to annual development costs, the Commission disallowed most of the costs Rogers sought on this level. While the relevant Manual states that detailed cost information is required only for key reporting cost categories, in a previous Telecom decision the Commission determined that expenses associated with development activities that are not causal to a service are fixed common expenses and are to be excluded from regulatory economic studies. Rogers did not establish that the quantum of the development costs relieved it from the initial burden of proving that the costs were causal to the provision of services and not a fixed common expense. Therefore, there was no breach of procedural fairness in requiring Rogers to demonstrate that claimed costs were causal to the provision of a service.

The CRTC's reasons did not fail to comply with a legislative reasons requirement. Subparagraph 1(b)(i) of the Cabinet Direction sets out in particular that, in exercising its powers and performing its duties under the Act, the Commission shall implement the Canadian telecommunications policy objectives

question de savoir s'il convenait d'estimer les coûts des installations de fibre de segmentation en utilisant le facteur de coût technologique plutôt qu'en utilisant la méthode proposée par les câblodistributeurs. Le Conseil a reçu des observations en réponse et les a examinées. L'affirmation des câblodistributeurs selon laquelle le Conseil n'a pas tenu compte d'éléments de preuve n'était pas fondée. Ils ont en réalité contesté la façon dont le CRTC a interprété et appliqué les faits dont il était saisi.

En ce qui concerne les installations de câbles coaxiaux, le Conseil n'a pas rejeté l'application de la méthode du calcul des coûts relatifs à la capacité aux nouvelles installations de câbles coaxiaux, puisque les manuels pertinents imposent que l'on estime les coûts associés aux installations communes telles que les installations de câbles coaxiaux. Dans ses motifs, le CRTC a confirmé que la méthode du calcul des coûts relatifs à la capacité est généralement utilisée lorsque l'utilisation d'installations communes existantes entraîne le devancement de l'allègement futur des installations. Toutefois, le Conseil a déterminé que, dans le cas d'installations de câbles coaxiaux existantes, il n'y avait pas d'augmentation des coûts, car, bien que la segmentation nécessite l'ajout d'un nœud optique en plus des installations de fibre, aucune installation de câbles coaxiaux supplémentaire n'était nécessaire. En outre, le Conseil n'a pas appliqué une « méthode nouvelle et injustifiée », mais il a confirmé qu'il a inclus les montants pour l'amortissement et les dépenses d'exploitation fournis par les câblodistributeurs pour estimer les coûts des installations de câbles coaxiaux. Par conséquent, les câblodistributeurs n'ont pas démontré l'existence d'un manquement à l'équité procédurale.

Quant aux coûts annuels de développement, le CRTC a choisi de ne pas prendre en compte la plupart des coûts demandés par Rogers. Le manuel pertinent prévoit que des renseignements détaillés sur les coûts sont requis seulement pour les principales catégories de coûts rapportées, mais, dans une décision de télécom antérieure, le Conseil a conclu que les dépenses associées aux activités de développement qui ne sont pas causales sont des dépenses courantes fixes et doivent être exclues des études économiques réglementaires. Rogers n'a pas établi qu'en raison du montant des coûts de développement, le fardeau initial de prouver que les coûts étaient liés à la fourniture de services et non à des dépenses courantes fixes ne lui incombait plus. Par conséquent, il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale dans le fait d'exiger de Rogers qu'elle démontre que les coûts qu'elle cherchait à recouvrer étaient causals à la fourniture d'un service.

Le CRTC a fourni des motifs satisfaisant à une exigence légale quant aux motifs. Le sous-alinéa 1b)(i) des instructions du Cabinet prescrit notamment que, dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui lui confère la Loi, le Conseil doit mettre en œuvre la politique canadienne de télécommunication énoncée à

set out in section 7 of the Act and should specify the telecommunications policy objective advanced by the measures it takes and demonstrate compliance with that Order. The question whether the Cabinet Direction imposed a mandatory, as opposed to a directory or permissive requirement did not need to be resolved. Assuming, without deciding, that the Commission was subject to a mandatory requirement to give reasons explaining its implementation of the telecommunications policy objectives set out in section 7 of the Act and show compliance with the Cabinet Direction, it did so. The Commission's reasons satisfactorily addressed the policy objectives, the arguments and issues raised by the parties, and they were adequate. The Commission was aware of the policy concerns identified by the appellants and it engaged with those concerns and addressed them adequately in its reasons.

Regarding whether the CRTC imposed an unconstitutional tax, the Bell appellants relied upon their written submissions to argue that the retroactive payments constituted a tax, which the CRTC is not empowered to levy. The respondents submitted in particular that Bell was precluded from raising this issue on this appeal because it did not raise the issue before the Commission. Parliament authorized the Commission “[to] determine any question of law” (subsection 52(1) of the Act). This includes constitutional issues. The appellants well knew that an issue before the Commission was whether final rates should be set retroactively; they provided no explanation as to why the unconstitutional tax issue was not raised before the Commission. Therefore, the Bell appellants could not be permitted to raise this issue for the first time on appeal.

l'article 7 de cette loi, préciser l'objectif de la politique de télécommunication que les mesures prises visent et démontrer leur conformité avec ce décret. Il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si les instructions du Cabinet imposaient une exigence obligatoire, par opposition à une ligne directrice ou à une autorisation. À supposer, sans que l'on tire de conclusion en ce sens, que le Conseil ait eu l'obligation de fournir des motifs expliquant la façon dont il met en œuvre des objectifs de la politique de télécommunication énoncés à l'article 7 de la Loi et de démontrer la conformité des mesures aux instructions du Cabinet, c'est ce qu'il a fait. Les motifs du Conseil ont fait référence de manière satisfaisante aux objectifs de la politique et aux arguments et questions soulevés par les parties, et ils étaient adéquats. Le Conseil était conscient des réserves relatives à la politique soulevées par les appelantes. Il en a tenu compte et il en a parlé de manière adéquate dans ses motifs.

En ce qui concerne la question de savoir si le CRTC a imposé une taxe anticonstitutionnelle, les appelantes Bell se sont appuyées sur leurs observations écrites pour soutenir que les paiements rétroactifs constituaient une taxe, laquelle le CRTC n'est pas habilité à imposer. Les intimés ont soutenu plus particulièrement que Bell ne pouvait pas soulever cette question dans le présent appel parce qu'elle ne l'a pas soulevée devant le Conseil. Par la volonté du législateur, le Conseil « connaît [...] des questions de droit » (paragraphe 52(1) de la Loi). Les questions de droit incluent les questions constitutionnelles. Les appelantes savaient pertinemment que le Conseil était saisi de la question de savoir si les tarifs définitifs devaient s'appliquer rétroactivement; elles n'ont pas du tout expliqué pourquoi la question de la taxe anticonstitutionnelle n'avait pas été soulevée devant celui-ci. Par conséquent, les appelantes Bell ne pouvaient être autorisées à soulever cette question pour la première fois en appel.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 31, 32, 40, 41(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], s. 53.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 407, Tariff B, Columns III, V.  
*Order Issuing a Direction to the CRTC on Implementing the Canadian Telecommunications Policy Objectives*, SOR/2006-355, s. 1.  
*Order to decline to vary, rescind or refer back for reconsideration Telecom Order CRTC 2019-288*, P.C. 2020-0553.  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 8, 11(1), 12(1), 24, 25, 27, 32(g), 47, 52(1), 62, 64(1), (5).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Décret donnant au CRTC des instructions relativement à la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication*, DORS/2006-355, art. 1.  
*Décret refusant de modifier, d'annuler ou de renvoyer pour réexamen l'ordonnance de télécom CRTC 2019-288*, C.P. 2020-0553.  
*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. 53.  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 8, 11(1), 12(1), 24, 25, 27, 32g), 47, 52(1), 62, 64(1), (5).  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 31, 32, 40, 41(1).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 407, tarif B, colonnes III, V.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, [2019] 4 S.C.R. 653, 2019 SCC 65; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75.

## CONSIDERED:

*Canadian Network Operators Consortium Inc. – Application to review and vary Telecom Regulatory Policies 2011-703 and 2011-704* (21 February 2013), Telecom Decision CRTC 2013-73; *Rogers Communication Partnership – Application to review and vary Telecom Regulatory Policy 2011-703* (21 February 2013), Telecom Decision CRTC 2013-76; *Review of costing inputs and the application process for wholesale high-speed access services* (31 March 2016), Telecom Decision CRTC 2016-117; *Bragg Communications Incorporated, operating as Eastlink – Revised interim rates for aggregated wholesale high-speed access service* (10 November 2016), Telecom Order CRTC 2016-448; *Regulatory Economic Studies Manuals – Follow-up proceeding to Telecom Decision 2008-14* (25 August 2008), Telecom Order CRTC 2008-237; *Tariff notice applications concerning aggregated wholesale high-speed access services – Revised interim rates* (6 October 2016), Telecom Order CRTC 2016-396; *Terms and rates approved for large cable carriers' high speed access service* (21 August 2000), Order CRTC 2000-789; *Bell Canada v. 7262591 Canada Ltd. (Gusto TV)*, 2016 FCA 123, 17 Admin. L.R. (6th) 175; *Cogeco, Rogers, Shaw and Videotron – Third party internet access service rates* (21 December 2006), Telecom Decision CRTC 2006-77; *Bragg Communications Incorporated, operating as Eastlink – Application to review and vary or stay Telecom Order 2016-448 regarding wholesale high-speed access service interim rates* (25 May 2017), Telecom Decision CRTC 2017-167; *Regulatory Policy – Review of certain Phase II costing issues* (21 February 2008), Telecom Decision CRTC 2008-14.

## REFERRED TO:

*Société Radio-Canada v. Métromédia Cmr Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266, 1999 CanLII 8947 (C.A.); *TELUS Communications Inc. v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, 2004 FCA

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Consortium des Opérateurs de Réseaux Canadiens Inc. – Demande de révision et de modification des politiques réglementaires de télécom 2011-703 et 2011-704* (21 février 2013), Décision de télécom CRTC 2013-73; *Rogers Communications Partnership – Demande de révision et de modification de la politique réglementaire de télécom 2011-703* (21 février 2013), Décision de télécom CRTC 2013-76; *Examen des données pour l'établissement des coûts et du processus de demande relatif aux services d'accès haute vitesse de gros* (31 mars 2016), Décision de télécom CRTC 2016-117; *Bragg Communications Incorporated, exerçant ses activités sous le nom d'Eastlink – Tarifs provisoires révisés concernant le service d'accès haute vitesse de gros groupé* (10 novembre 2006), Ordonnance de télécom CRTC 2016-448; *Manuels d'études économiques réglementaires – Instance de suivi de la décision de télécom 2008-14* (25 août 2008), Ordonnance de télécom CRTC 2008-237; *Demandes de modification tarifaire concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupés – Tarifs provisoires modifiés* (6 octobre 2016), Ordonnance de télécom CRTC 2016-396; *Modalités et tarifs approuvés pour le service d'accès grande vitesse des grandes entreprises de câblodistribution* (21 août 2000), Ordonnance CRTC 2000-789; *Bell Canada c. 7262591 Canada Ltd. (Gusto TV)*, 2016 CAF 123, [2016] A.C.F. n° 447 (QL); *Cogeco, Rogers, Shaw et Vidéotron – Tarifs du service d'accès Internet de tiers* (21 décembre 2006), Décision de télécom CRTC 2006-77; *Bragg Communications Incorporated, exerçant ses activités sous le nom d'Eastlink – Demande de révision et de modification ou de sursis de l'ordonnance de télécom 2016-448 concernant les tarifs provisoires du service d'accès haute vitesse de gros* (25 mai 2017), Décision de télécom CRTC 2017-167; *Examen de certaines questions liées à l'établissement des coûts de la Phase II* (21 février 2008), Décision de télécom CRTC 2008-14.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Société Radio-Canada c. Métromédia Cmr Montréal Inc.*, 1999 CanLII 8947, [1999] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.); *TELUS Communications Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, 2004 CAF 365,

365, [2005] 2 F.C.R. 388; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Stemijon Investments Ltd v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 425 N.R. 341; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131.

## AUTHORS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Billing practices for wholesale residential high-speed access services* (15 November 2011), Telecom Regulatory Policy CRTC 2011-703, CRTC 2011-704.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Disposition of review and vary applications with respect to wholesale high-speed access services: Introductory statement* (21 February 2013), Telecom Regulatory Policy CRTC 2013-70.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Review of costing inputs and application process for wholesale high-speed access services* (28 May 2015), Telecom Notice of Consultation CRTC 2015-225.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Review of the use of company-specific working fill factors and the recovery of past introduction costs not fully recovered* (14 May 2009), Telecom Regulatory Policy CRTC 2009-274.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Review of wholesale wireline services and associated policies* (22 July 2015), Telecom Regulatory Policy CRTC 2015-326.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Telecom Procedural Letter Addressed to Distribution List* (16 December 2016).

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Telecom Procedural Letter Addressed to Distribution List* (31 March 2016).

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Wholesale high-speed access services proceeding* (30 August 2010), Telecom Regulatory Policy CRTC 2010-632.

Scott Marcus J. *The Economic Impact of Internet Traffic Growth on Network Operators*, October 24, 2014.

[2005] 2 R.C.F. 388; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2011] A.C.F. n° 1503 (QL); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131.

## DOCTRINE CITÉE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Examen des données pour l'établissement des coûts et du processus de demande relatif aux services d'accès haute vitesse de gros* (28 mai 2015), Avis de consultation de télécom CRTC 2015-225.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Examen du cadre des services filaires de gros et des politiques connexes* (22 juillet 2015), Politique réglementaire de télécom CRTC 2015-326.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Examen du recours aux facteurs d'utilisation propres à la compagnie et du recouvrement de coûts de lancement antérieurs qui n'ont pas été entièrement récupérés* (14 mai 2009), Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-274.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Instance sur les services d'accès à haute vitesse de gros* (30 août 2010), Politique réglementaire de télécom CRTC 2010-632.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Pratiques de facturation concernant les services d'accès à haute vitesse de résidence de gros* (15 novembre 2011), Politique réglementaire de télécom CRTC 2011-703, CRTC 2011-704.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Télécom lettre procédurale adressée à la liste de Distribution* (16 décembre 2016).

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Télécom lettre procédurale adressée à la liste de Distribution* (31 mars 2016).

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Traitement des demandes de révision et de modification relatives aux services d'accès haute vitesse de gros : remarques d'introduction* (21 février 2013), Politique réglementaire de télécom CRTC 2013-70.

Scott Marcus J. *The Economic Impact of Internet Traffic Growth on Network Operators*, 24 octobre 2014.

CONSOLIDATED APPEALS from a Canadian Radio-television and Telecommunications Commission order called *Follow-up to Telecom Orders 2016-396 and 2016-448 – Final rates for aggregated wholesale high-speed access services* (15 August 2019), Telecom Order CRTC 2019-288 (TO 2019-288), which set final rates that the large telephone and cable companies could charge for aggregated wholesale high-speed access services provided to competitors. Appeals dismissed.

APPELS REGROUPÉS, interjetés à l'encontre d'une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes appelée le *Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupé* (15 août 2019), ordonnance de télécom CRTC 2019-288 (l'OT 2019-288), qui fixe les tarifs définitifs que les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie peuvent facturer pour les services d'accès haute vitesse de gros groupés fournis aux concurrents. Appels rejetés.

#### APPEARANCES

*Steven G. Mason, Brandon Kain, Richard J. Lizius and Adam Goldenberg* for appellants Bell Canada, Bell MTS, MTS Inc.

*Kent E. Thomson, Matthew Milne-Smith, Steven G. Frankel, Anthony M.C. Alexander, Maura O'Sullivan and Pierre Bienvenu* for appellants Bragg Communications Incorporated (c.o.b. Eastlink), Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., and Videotron Limited.

*Colin Baxter, Julie Mouris and Marion Sandilands* for respondent Teksavvy Solutions Inc.

*Christian S. Tacit, Christopher Copeland, Crawford G. Smith, Rahool P. Agarwal, Philip Underwood and John Carlo Mastrangelo* for respondents British Columbia Broadband Association, Canadian Network Operators Consortium Inc., Distributel Communications Limited, Ice Wireless Inc., Public Interest Advocacy Centre and Vaxination Informatique.

#### SOLICITORS OF RECORD

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for appellants Bell Canada, Bell MTS, MTS Inc.

*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto and *Norton Rose Fulbright Canada LLP*, Montréal for appellants Bragg Communications Incorporated (c.o.b. Eastlink), Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., and Videotron Limited.

#### ONT COMPARU :

*Steven G. Mason, Brandon Kain, Richard J. Lizius et Adam Goldenberg* pour les appelantes Bell Canada, Bell MTS, MTS Inc.

*Kent E. Thomson, Matthew Milne-Smith, Steven G. Frankel, Anthony M.C. Alexander, Maura O'Sullivan et Pierre Bienvenu* pour les appelantes Bragg Communications Incorporated (faisant affaire sous le nom d'Eastlink), Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., et Videotron Limited.

*Colin Baxter, Julie Mouris et Marion Sandilands* pour l'intimée Teksavvy Solutions Inc.

*Christian S. Tacit, Christopher Copeland, Crawford G. Smith, Rahool P. Agarwal, Philip Underwood et John Carlo Mastrangelo* pour les intimés British Columbia Broadband Association, Consortium des opérateurs de réseaux canadiens Inc., Distributel Communications Limited, Ice Wireless Inc., Centre pour la défense de l'intérêt public et Vaxination informatique.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*McCarthy Tétrault, S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour les appelantes Bell Canada, Bell MTS, MTS Inc.

*Davies Ward Phillips & Vineberg, S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, et *Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour les appelantes, Bragg Communications Incorporated (faisant affaire sous le nom d'Eastlink), Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P., et Videotron Limited.



*Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l.*, Ottawa, for respondent Teksavvy Solutions Inc.  
*Tacit Law*, Ottawa and *Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP*, Toronto for respondents British Columbia Broadband Association, Canadian Network Operators Consortium Inc., Distributel Communications Limited, Ice Wireless Inc., Public Interest Advocacy Centre and Vaxination Informatique.

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

DAWSON J.A.:

Table of Contents

	Paragraph
1. Introduction .....	1
2. The context in which TO 2019-288 was made and is to be considered by this Court.....	11
i. The legislative framework.....	11
ii. TO 2019-288's policy pedigree.....	26
3. Do the appellants raise grounds of appeal that are not questions of law or jurisdiction properly before this Court?.....	48
i. Proper grounds of appeal.....	53
ii. Improper grounds of appeal .....	55
(a) Whether the rates are just and reasonable is not a question of law or jurisdiction.....	56
(b) The Commission's consideration of policy objectives is not a question of law or jurisdiction .....	70
4. The issues to be decided .....	79
5. The standards of review to be applied to the issues .....	80

*Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l.*, Ottawa, pour l'intimée Teksavvy Solutions Inc.  
*Tacit Law*, Ottawa, et *Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP*, Toronto, pour les intimés British Columbia Broadband Association, Consortium des opérateurs de réseaux canadiens Inc., Distributel Communications Limited, Ice Wireless Inc., Centre pour la défense de l'intérêt public et Vaxination informatique.

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

LA JUGE DAWSON, J.C.A. :

Table des matières

	Paragraphe
1. Introduction.....	1
2. Le contexte dans lequel l'OT 2019-288 a été rendue et doit être examinée...	11
i. Le cadre légal .....	11
ii. Les antécédents de l'OT 2019-288.....	26
3. Les appelantes font-elles valoir des motifs d'appel qui ne sont ni des questions de droit ni des questions de compétence dont notre Cour peut être saisie?.....	48
i. Les motifs d'appel recevables.....	53
ii. Les motifs d'appel irrecevables ....	55
a) La question de savoir si les tarifs sont justes et raisonnables n'est pas une question de droit ou de compétence .....	56
b) La prise en considération des objectifs de la politique par le Conseil n'est ni une question de droit ni une question de compétence .....	70
4. Les questions en litige.....	79
5. La norme de contrôle applicable aux questions en litige .....	80



6. Did the CRTC breach the principles of procedural fairness or err in law or jurisdiction by engaging in arbitrary decision-making? .....	84	6. Le CRTC a-t-il manqué aux principes d'équité procédurale ou commis une erreur de droit ou de compétence en rendant une décision arbitraire? .....	84
i. The nature of the asserted errors of law and jurisdiction .....	84	i. La nature des erreurs de droit et de compétence alléguées.....	84
ii. The productivity factor.....	92	ii. Le facteur de productivité .....	92
(a) The appellants' submissions...	94	a) Les observations des appelantes .....	94
(b) Context .....	95	b) Le contexte .....	95
(c) The Commission's reasons .....	104	c) Les motifs du Conseil .....	104
(d) Analysis .....	105	d) Analyse .....	105
iii. Upstream traffic growth rates.....	110	iii. Le taux de croissance du trafic en amont.....	110
(a) The appellants' submissions.....	111	a) Les observations des appelantes	111
(b) Context .....	113	b) Le contexte .....	113
(c) The Commission's reasons .....	117	c) Les motifs du Conseil .....	117
(d) Analysis .....	118	d) Analyse .....	118
iv. Attribution of segmentation costs ...	120	iv. L'attribution des coûts de segmentation .....	120
(a) The appellants' submissions.....	122	a) Les observations des appelantes	122
(b) Context .....	124	b) Le contexte .....	124
(c) The Commission's reasons .....	127	c) Les motifs du Conseil .....	127
(d) Analysis .....	128	d) Analyse .....	128
v. Speed-banding .....	129	v. Les tranches de vitesses.....	129
(a) The appellants' submissions.....	134	a) Les observations des appelantes	134
(b) Context .....	138	b) Le contexte .....	138
(c) Analysis .....	141	c) Analyse .....	141
iv. Unrecovered costs .....	143	vi. Les coûts non recouverts.....	143
(a) The appellants' submissions.....	147	a) Les observations des appelantes	147
(b) Analysis .....	148	b) Analyse .....	148
vii. Working fill factors (WFF) .....	152	vii. Les facteurs d'utilisation (FU).....	152
(a) The appellants' submissions.....	156	a) Les observations des appelantes .....	156
(b) Analysis .....	157	b) Analyse .....	157
viii. Segmentation fibre facilities.....	167	viii. Les installations de fibre de segmentation .....	167
ix. Coaxial cable facilities.....	172	ix. Les installations de câbles coaxiaux	172
(a) The appellants' submissions.....	174	a) Les observations des appelantes	174
(b) Context .....	176	b) Le contexte .....	176
(c) Analysis .....	178	c) Analyse .....	178
x. Annual development costs .....	180	x. Les coûts annuels de développement	180
(a) The appellants' submissions.....	181	a) Les observations des appelantes	181
(b) Context .....	182	b) Le contexte .....	182
(c) Analysis .....	183	c) Analyse .....	183

xi. Conclusion on procedural fairness and arbitrary decision-making .....	184	xi. Conclusion sur l'équité procédurale et le caractère arbitraire de la décision .....	184
7. Do the reasons of the CRTC fail to comply with a legislative reasons requirement? .....	185	7. Le CRTC a-t-il fourni des motifs satisfaisant à une exigence légale quant aux motifs? .....	185
8. Did the CRTC impose an unconstitutional tax? .....	208	8. Le CRTC a-t-il imposé une taxe anticonstitutionnelle? .....	208
9. Conclusion and costs.....	213	9. Conclusion et dépens .....	213
1. Introduction		1. Introduction	
[1] High-speed Internet is a resource vital to modern communications and participation in the digital economy.		[1] L'Internet haute vitesse est une ressource vitale pour les communications modernes et la participation à l'économie numérique.	
[2] In Canada, Internet services are provided to retail customers by large telephone and cable companies or by independent Internet service providers. Small and medium sized independent Internet service providers that do not own their own wireless networks do not possess the required infrastructure to provide high-speed Internet access (HSA) directly to end-users. Therefore, to foster competition, large cable and telephone companies are required to make available parts of their respective networks to independent Internet service providers. These leased parts are referred to as wholesale services and are used by the independent Internet service providers, sometimes referred to as "competitors", to provide high-speed Internet services to their retail customers.		[2] Au Canada, les services Internet sont fournis aux clients de détail par de grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie ou par des fournisseurs indépendants de services Internet. Les petits et moyens fournisseurs indépendants de services Internet qui ne possèdent pas leurs propres réseaux sans fil ne possèdent pas l'infrastructure nécessaire pour fournir un accès Internet haute vitesse (AHV) directement aux utilisateurs finaux. En conséquence, pour favoriser la concurrence, les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie sont tenues de mettre des parties de leurs réseaux respectifs à la disposition des fournisseurs indépendants de services Internet. Ces parties louées sont appelées services de gros et sont utilisées par les fournisseurs indépendants de services Internet, parfois appelés « concurrents », pour fournir des services d'Internet haute vitesse à leurs clients de détail.	
[3] The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission [CRTC] does not regulate the provision of Internet services to retail customers because the number of service providers is sufficient to bring competition, pricing discipline, innovation and consumer choice to the retail Internet services market. However, the CRTC does regulate the provision of wholesale high-speed access services by large telephone and cable companies to the competitors. In particular, the CRTC sets the rates that the large telephone and cable companies are permitted to charge competitors for wholesale high-speed access services.		[3] Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil ou le CRTC) ne réglemente pas la fourniture de services Internet aux clients de détail, car le nombre de fournisseurs de services est suffisant pour créer de la concurrence, modérer les prix, favoriser l'innovation et offrir un choix aux consommateurs sur le marché des services Internet de détail. Toutefois, le CRTC réglemente la fourniture de services d'accès haute vitesse de gros par les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie aux concurrents. En particulier, le CRTC fixe les tarifs que les grandes entreprises de câblodistribution et de	

[4] On August 15, 2019, the CRTC issued *Follow-up to Telecom Orders 2016-396 and 2016-448 – Final rates for aggregated wholesale high-speed access services* (15 August 2019), Telecom Order CRTC 2019-288 (TO 2019-288) which set final rates that the large telephone and cable companies may charge for aggregated wholesale high-speed access services provided to competitors. The order provided that the final rates would be applied retroactively.

[5] Bell Canada, MTS Inc., and Bell MTS, large telephone companies sometimes referred to as incumbent local exchange carriers or ILECs, sought and obtained leave to appeal TO 2019-288 to this Court. Bragg Communications Incorporated, carrying on business as Eastlink, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P. and Videotron Limited, large cable carriers referred to in these reasons as the Cable Carriers, also sought and obtained leave to appeal the order to this Court.

[6] Here, a brief procedural comment is warranted. On September 27, 2019, orders issued staying TO 2019-288 pending this Court's determination of the motions for leave to appeal. On November 22, 2019, the leave applications were granted and orders issued staying TO 2019-288 until the issuance of the Court's final judgments on the appeals. TO 2019-288 therefore remains stayed until the issuance of the judgments that accompany these reasons. Subsequently, the appeals were consolidated, case managed and set for an early hearing which took place by videoconference. In accordance with the consolidation order, a copy of these reasons shall be placed on each Court file.

téléphonie sont autorisées à facturer aux concurrents pour les services d'accès haute vitesse de gros.

[4] Le 15 août 2019, le CRTC a publié le *Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupé* (15 août 2019), ordonnance de télécom CRTC 2019-288 (l'OT 2019-288) qui fixe les tarifs définitifs que les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie peuvent facturer pour les services d'accès haute vitesse de gros groupés fournis aux concurrents. L'ordonnance prévoyait que les tarifs définitifs s'appliqueraient rétroactivement.

[5] Bell Canada, MTS Inc. et Bell MTS, de grandes entreprises de téléphonie, parfois appelées entreprises de services locaux titulaires ou ESLT, ont demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de l'OT 2019-288 devant notre Cour. Bragg Communications Incorporated, faisant affaire sous le nom d'Eastlink, Cogeco Communications Inc., Rogers Communications Canada Inc., Shaw Cablesystems G.P. et Videotron Limited, de grandes entreprises de câblodistribution, appelées les câblodistributeurs dans les présents motifs, ont également demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de cette ordonnance devant notre Cour.

[6] Une brève observation sur la procédure s'impose en l'espèce. Le 27 septembre 2019, des ordonnances ont été rendues pour suspendre l'OT 2019-288 en attendant la décision de notre Cour sur les requêtes en autorisation d'interjeter appel. Le 22 novembre 2019, les demandes d'autorisation ont été accueillies et, par ordonnance, l'OT 2019-288 a été suspendue jusqu'au prononcé des arrêts définitifs de notre Cour sur les appels. L'OT 2019-288 demeure donc suspendue jusqu'à ce que soient rendus les jugements qui accompagnent les présents motifs. Par la suite, les appels ont été regroupés, ils ont fait l'objet d'une gestion de l'instance et une date a rapidement été fixée pour l'audience, qui a eu lieu par vidéoconférence. Conformément à l'ordonnance regroupant les appels, une copie des présents motifs sera déposée dans chaque dossier.

[7] On this consolidated appeal the telephone companies argue that the CRTC “erred in law or jurisdiction” by:

- i. failing to exercise its powers with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives set out in section 7 of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (Act) and in accordance with a direction given to the CRTC by the Governor in Council, all as required by section 47 of the Act. Particular emphasis is placed on what is asserted to be a statutory reasons requirement imposed by subparagraph 1(b)(i) of the direction issued by the Governor in Council;
- ii. failing to exercise its powers with a view to ensuring that the telephone companies charge “just and reasonable” rates in accordance with section 27 of the Act, and as required by section 47 of the Act; and
- iii. imposing an unconstitutional tax, contrary to section 53 of the *Constitution Act, 1867*.

[8] For their part, the Cable Carriers argue the CRTC committed “one or more legal or jurisdictional errors, either in issuing TO 2019-288 or during the rate-setting proceeding that culminated in the issuance of that Order”. More particularly, the Cable Carriers argue that the CRTC:

- (a) failed to consider relevant and cogent evidence submitted by the Cable Carriers;
- (b) made decisions on the basis of no evidence, irrelevant evidence or irrelevant considerations, including by preferring its own unsubstantiated “expectations” over the Cable Carriers’ evidence, even though that evidence directly contradicted such “expectations”;

[7] Dans le présent appel consolidé, les entreprises de téléphonie soutiennent que le CRTC a [TRADUCTION] « commis une erreur de droit ou de compétence » :

- i. en n’exerçant pas ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l’article 7 de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (la Loi), et de manière conforme aux instructions données au CRTC par le gouverneur en conseil, comme l’exige l’article 47 de la Loi. Elles insistent notamment sur ce qu’elles considèrent comme une exigence légale quant aux motifs imposée par le sous-alinéa 1b)(i) des instructions données par le gouverneur en conseil;
- ii. en n’exerçant pas ses pouvoirs de manière à garantir que les entreprises de téléphonie imposent des tarifs « justes et raisonnables » conformément à l’article 27 de la Loi, comme l’exige l’article 47 de la Loi;
- iii. en imposant une taxe anticonstitutionnelle, ce qui est contraire à l’article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[8] Pour leur part, les câblodistributeurs soutiennent que le CRTC a commis [TRADUCTION] « une ou plusieurs erreurs de droit ou de compétence, soit en rendant l’OT 2019-288, soit au cours de la procédure d’établissement des tarifs qui a débouché sur cette ordonnance ». Plus précisément, les câblodistributeurs affirment que le CRTC :

[TRADUCTION]

- a) n’a pas tenu compte d’éléments de preuve pertinents et convaincants présentés par les câblodistributeurs;
- b) a pris des décisions fondées sur aucun élément de preuve, sur des éléments de preuve non pertinents ou sur des facteurs non pertinents, notamment en préférant ses propres « attentes » non fondées aux éléments de preuve des câblodistributeurs, même si ces éléments de preuve contredisaient directement ces « attentes »;

- |   |   |
|---|---|
| <p>(c) acted arbitrarily by treating the available evidence in an inconsistent and <i>ad hoc</i> fashion, including by (i) endorsing and applying outdated third-party data (from 2011 or earlier) in lieu of company-specific information, while (ii) rejecting without explanation more up-to-date data (from 2016 and 2017) provided by the same third party, and then (iii) criticizing the Cable Carriers for not submitting the very types of company-specific information that the CRTC had previously rejected;</p> | <p>c) a agi arbitrairement en traitant les éléments de preuve à sa disposition de manière incohérente et singulière, notamment (i) en approuvant et en appliquant des données désuètes de tiers (datant de 2011 ou avant) au lieu des renseignements propres à l'entreprise, (ii) en rejetant sans explication des données plus récentes (datant de 2016 et de 2017) fournies par le même tiers, puis (iii) en reprochant aux câblodistributeurs de ne pas avoir produit précisément les types de renseignements propres à l'entreprise que le CRTC avait rejetés plus tôt;</p> |
| <p>(d) breached core principles of natural justice and procedural fairness by adopting unorthodox and unexpected methodologies that changed the “rules of the game” in a manner that defeated the Cable Carriers’ reasonable expectations, without giving the Cable Carriers either timely notice of its intention to do so or an adequate opportunity to meaningfully respond;</p>   | <p>d) a manqué à des principes fondamentaux de justice naturelle et d'équité procédurale en adoptant des méthodes peu orthodoxes et inattendues qui ont modifié les « règles du jeu » d'une manière contraire aux attentes raisonnables des câblodistributeurs, sans les avoir avertis en temps utile de son intention de le faire ni leur avoir donné la possibilité réelle de réagir de manière satisfaisante;</p>  |
| <p>(e) disregarded established principles and rate-setting decisions on which the Cable Carriers had reasonably relied on a number of issues, while simultaneously fettering improperly its discretion by adhering to outdated or inapplicable assumptions and guidelines on other issues; and</p>  | <p>e) n'a pas tenu compte de principes établis ni de décision fixant des tarifs sur lesquels les câblodistributeurs s'étaient raisonnablement fondés à l'égard de plusieurs questions et a limité indûment son pouvoir discrétionnaire en adhérant à des hypothèses et à des lignes directrices désuètes ou inapplicables à l'égard d'autres questions;</p>   |
| <p>(f) disregarded a binding Direction issued by Cabinet in 2006 ... and ignored impermissibly the mandatory requirements imposed by sections 7, 27 and 47 of the <i>Telecommunications Act</i>.</p>  | <p>f) a fait fi d'instructions contraignantes données par le Cabinet en 2006 [...] et a fait fi de manière inadmissible des exigences qu'imposent les articles 7, 27 et 47 de la <i>Loi sur les télécommunications</i>.</p>   |

(Memorandum of fact and law, paragraph 4, footnotes and emphasis deleted.)

(Mémoire des faits et du droit, paragraphe 4, notes de bas de page et soulignement omis.)

[9] The respondents represent, or are, independent Internet service providers that purchase wholesale high-speed access services. They submit that all of the asserted grounds of appeal should be dismissed on their merits. Additionally, they submit that the appellants:

[9] Les intimés représentent ou sont des fournisseurs indépendants de services Internet qui achètent des services d'AHV de gros. Ils soutiennent que tous les motifs d'appel invoqués devraient être rejetés sur le fond. En outre, ils font valoir que les appelantes :

- |  |   |
|--|---|
| <p>i. rely on post-decision evidence that is inadmissible;</p> | <p>i. se fondent sur des éléments de preuve postérieurs à la décision, qui sont irrecevables;</p> |
|--|---|

- ii. raise grounds of appeal that are not questions of law or jurisdiction and so are outside the scope of the limited right of appeal conferred by subsection 64(1) of the Act; and,
- iii. advance a new, unconstitutional tax argument that should not be heard by this Court at first instance.

[10] Before turning to consider the issues raised on this appeal it is necessary to situate the impugned order in its proper context. Situating the order in its context requires consideration of the legislative framework in which the decision was made and the prior decisions of the Commission that led to and informed TO 2019-288—what has been referred to as its policy pedigree.

2. The context in which TO 2019-288 was made and is to be considered by this Court

- i. The legislative framework

[11] The *Telecommunications Act* sets out the legislative framework that governs the telecommunications industry in Canada. The provisions described immediately below are central to the appellants' argument that the CRTC impermissibly ignored mandatory requirements imposed upon it by the Act.

[12] The Act's guiding objectives are enumerated in section 7. Pursuant to paragraph 47(a), the CRTC must perform its duties with a view to implementing these objectives. Additionally, section 8 of the Act authorizes the Governor in Council "by order" to "issue to the Commission directions of general application on broad policy matters with respect to the Canadian telecommunications policy objectives." An order made under section 8 is binding on the Commission (subsection 11(1); see also paragraph 47(b)).

[13] The Governor in Council has given directions to the CRTC that were binding upon it at the time it issued the decision under appeal: *Order Issuing a Direction to the CRTC on Implementing the Canadian Telecommunications Policy Objectives*, SOR/2006-355

- ii. invoquent des motifs d'appel qui ne sont pas des questions de droit ou de compétence et qui, de ce fait, outrepassent la portée du droit d'appel limité que confère le paragraphe 64(1) de la Loi;
- iii. font valoir de nouvelles observations relatives à la fiscalité et à l'inconstitutionnalité, lesquelles ne peuvent être soulevées pour la première fois devant notre Cour.

[10] Avant d'examiner les questions en litige dans le présent appel, il est nécessaire de replacer l'ordonnance contestée dans son contexte. Pour ce faire, il faut poser le cadre légal dans lequel la décision a été rendue et présenter les décisions antérieures du Conseil qui ont conduit à l'OT 2019-288 et l'ont étayée, c'est-à-dire ce qu'on a appelé ses antécédents.

2. Le contexte dans lequel l'OT 2019-288 a été rendue et doit être examinée

- i. Le cadre légal

[11] La *Loi sur les télécommunications* établit le cadre légal qui régit l'industrie des télécommunications au Canada. Les dispositions examinées ci-dessous sont au cœur des observations des appelantes selon lesquelles le CRTC a fait fi, de manière inadmissible, des exigences que lui impose la Loi.

[12] Les objectifs directeurs de la Loi sont énumérés à l'article 7. Conformément à l'article 47, le CRTC doit exercer ses fonctions de manière à réaliser ces objectifs. En outre, l'article 8 de la Loi autorise le gouverneur en conseil, « par décret », à « donner au Conseil, au chapitre des grandes questions d'orientation en la matière, des instructions d'application générale relativement à la politique canadienne de télécommunication ». Les décrets pris en vertu de l'article 8 lient le Conseil (paragraphe 11(1); voir également l'article 47).

[13] Le gouverneur en conseil a donné au CRTC des instructions qui le liaient au moment où il a rendu la décision frappée d'appel : *Décret donnant au CRTC des instructions relativement à la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication*, DORS/2006-355



(Cabinet Direction). Section 1 of the direction requires the CRTC, when exercising its powers and performing its duties under the Act, to “implement the Canadian telecommunications policy objectives set out in section 7” of the Act in accordance with a number of enumerated criteria. Of particular relevance to this appeal are three obligations:

- (i) the obligation when relying on regulation to “use measures that are efficient and proportionate to their purpose and that interfere with the operation of competitive market forces to the minimum extent necessary to meet the policy objectives” (subparagraph 1(a)(ii));
- (ii) the obligation when relying on regulation to use measures that “if they are of an economic nature, neither deter economically efficient competitive entry into the market nor promote economically inefficient entry” (subparagraph 1(b)(ii)); and,
- (iii) the obligation when relying on regulation relating to regimes for access to networks to use measures that “ensure the technological and competitive neutrality of those arrangements or regimes, to the greatest extent possible, to enable competition from new technologies and not to artificially favour either Canadian carriers or resellers” (subparagraph 1(b)(iv)).

[14] Subparagraph 1(b)(i) of the Cabinet Direction requires the Commission, when relying on regulation, to “specify the telecommunications policy objective that is advanced by those measures and demonstrate their compliance with” the Cabinet Direction. The appellants assert this provision creates a reasons requirement.

[15] Paragraph 47(a) of the Act also requires the Commission to perform its duties with a view to ensuring that Canadian carriers provide telecommunications services and charge rates in accordance with section 27 of the Act. Section 27 requires every rate charged by

(les instructions du Cabinet). L'article 1 de ces instructions oblige le CRTC, dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions en vertu de la Loi, à « mettre en œuvre la politique canadienne de télécommunication énoncée à l'article 7 » de la Loi conformément aux principes énumérés. Trois obligations revêtent une importance particulière en l'espèce :

- (i) l'obligation, lorsque le CRTC a recours à la réglementation, de « prendre des mesures qui sont efficaces et proportionnelles aux buts visés et qui ne font obstacle au libre jeu d'un marché concurrentiel que dans la mesure minimale nécessaire pour atteindre les objectifs » (sous-alinéa 1a)(ii);
- (ii) l'obligation, lorsqu'il a recours à la réglementation, de prendre des mesures qui, « lorsqu'elles sont de nature économique, ne [découragent pas] un accès qui est propice à la concurrence et qui est efficace économiquement, ni [n']encourag[ent] un accès au marché qui est non-efficace économiquement » (sous-alinéa 1b)(ii);
- (iii) l'obligation, lorsqu'il a recours à la réglementation, de prendre des mesures, lorsqu'elles visent des régimes d'accès aux réseaux, qui « donn[ent] lieu, dans toute la mesure du possible, à des ententes ou régimes neutres sur le plan de la technologie et de la concurrence, pour permettre aux nouvelles technologies de faire concurrence et pour ne pas favoriser artificiellement les entreprises canadiennes ou les revendeurs » (sous-alinéa 1b)(iv)).

[14] Aux termes du sous-alinéa 1b)(i) des instructions du Cabinet, le Conseil, lorsqu'il a recours à la réglementation, doit « préciser l'objectif qu[e] [les mesures] visent et démontrer leur conformité » aux instructions du Cabinet. Les appelants soutiennent que cette disposition crée une exigence quant aux motifs.

[15] L'article 47 de la Loi exige également que le Conseil exerce ses fonctions de manière à assurer la conformité des services et tarifs des entreprises canadiennes avec l'article 27 de la Loi. L'article 27 exige que les tarifs des entreprises canadiennes soient « justes et

Canadian carriers to be “just and reasonable”. The power to determine and approve just and reasonable rates is a central responsibility of the Commission.

[16] To ensure that rates are just and reasonable the Act grants the Commission broad powers to, amongst other things, set and regulate rates for telecommunications services (sections 24 and 25). The Commission may also “determine any matter and make any order relating to the rates, tariffs or telecommunications services of Canadian carriers” (paragraph 32(g)).

[17] Subsection 27(3) empowers the Commission to “determine in any case, as a question of fact, whether a Canadian carrier has complied with” specific provisions of the Act including sections 24, 25, and 27. Subsection 27(5) permits the Commission to “adopt any method or technique that it considers appropriate, whether based on a carrier’s return on its rate base or otherwise” when determining whether a rate is just and reasonable. The Commission also has the authority under subsection 37(1) to require a Canadian carrier “to adopt any method of identifying the costs of providing telecommunications services and to adopt any accounting method or system of accounts for the purposes of the administration” of the Act.

[18] The Commission’s decisions may be challenged in a number of ways. The following provisions are of particular relevance to the respondents’ argument that the appellants raise grounds of appeal that are outside the scope of the limited right of appeal conferred by subsection 64(1) of the Act.

[19] Subsection 64(1) of the Act permits, with leave of the Court, an appeal to this Court on “any question of law or of jurisdiction”. The Commission may determine any question of law or fact, and “its determination on a question of fact is binding and conclusive” (subsection 52(1)). On an appeal to this Court, the Court “may draw any inference that is not inconsistent with the findings of fact made by the Commission and that is necessary for determining a question of law or jurisdiction” (subsection 64(5)).

raisonnables ». Le pouvoir d’établir et d’approuver des tarifs qui sont justes et raisonnables est une des principales responsabilités du Conseil.

[16] Pour que les tarifs soient justes et raisonnables, la Loi confère au Conseil de larges pouvoirs pour, entre autres, fixer et réglementer les tarifs de services de télécommunication (articles 24 et 25). Le Conseil peut également « trancher toute question touchant les tarifs et tarifications des entreprises canadiennes ou les services de télécommunication qu’elles fournissent » (alinéa 32g)).

[17] Le paragraphe 27(3) habilite le Conseil à « déterminer, comme question de fait, si l’entreprise canadienne s’est ou non conformée » à des dispositions précises de la Loi, dont les articles 24, 25 et 27. Le paragraphe 27(5) autorise le Conseil à « utiliser la méthode ou la technique qu’il estime appropriée, qu’elle soit ou non fondée sur le taux de rendement par rapport à la base tarifaire de l’entreprise » pour déterminer si un tarif est juste et raisonnable. Le Conseil a également le pouvoir, en vertu du paragraphe 37(1), d’imposer à l’entreprise canadienne « l’adoption d’un mode de calcul des coûts liés à ses services de télécommunication et de méthodes ou systèmes comptables relativement à l’application » de la Loi.

[18] Les décisions du Conseil peuvent être contestées de plusieurs façons. Les dispositions suivantes sont particulièrement utiles aux intimés pour défendre leurs observations selon lesquelles les appelantes invoquent des moyens d’appel qui outrepassent la portée du droit d’appel limité prévu au paragraphe 64(1) de la Loi.

[19] Aux termes du paragraphe 64(1) de la Loi, avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant notre Cour des décisions du Conseil sur « des questions de droit ou de compétence ». Le Conseil peut trancher aussi bien des questions de droit que des questions de fait, et « ses décisions sur ces dernières sont obligatoires et définitives » (paragraphe 52(1)). Lors de l’audition de l’appel, notre Cour « peut déduire toutes les conclusions qui ne sont pas incompatibles avec les faits établis devant le Conseil et qui sont nécessaires pour déterminer la question de compétence ou de droit » (paragraphe 64(5)).

[20] Other avenues of redress exist.

[21] The Commission “may, on application or on its own motion, review and rescind or vary any decision made by it” (section 62).

[22] Within one year of a decision being made by the Commission, “the Governor in Council may, on petition in writing ... or on the Governor in Council’s own motion, by order, vary or rescind the decision or refer it back to the Commission for reconsideration of all or a portion of it” (subsection 12(1)).

[23] Significantly, neither section 62 nor subsection 12(1) circumscribe the types of questions that may be raised before the CRTC or the Governor in Council. This stands in contradistinction to the prescription in subsection 64(1) that limits this Court to reviewing questions of law or jurisdiction.

[24] In addition to bringing these appeals, the appellants have filed applications with the CRTC asking that the Commission review and vary the order under appeal. The appellants have also filed separate petitions to the Governor in Council seeking the rescission of TO 2019-288. During the hearing, counsel advised that decisions on these requests are outstanding.

[25] While this decision was under reserve, counsel for the appellants advised that the Governor in Council had rendered a decision with respect to the petitions filed by the appellants. We were directed to *Order to decline to vary, rescind or refer back for reconsideration Telecom Order CRTC 2019-288*, P.C. 2020-0553. Counsel sought and received permission to file brief, written submissions on Order in Council P.C. 2020-0553. The Order in Council is discussed below when considering the appellants’ submissions that the Commission failed to exercise its powers with a view to implementing telecommunications policy objectives and the Cabinet Direction, and this failure was an error in law or jurisdiction.

[20] Il existe d’autres voies de droit.

[21] Le Conseil « peut, sur demande ou de sa propre initiative, réviser, annuler ou modifier ses décisions, ou entendre à nouveau une demande avant [d’en décider] » (article 62).

[22] Dans l’année qui suit la prise d’une décision par le Conseil, « le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite [...], modifier ou annuler la décision ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience » (paragraphe 12(1)).

[23] Il convient de souligner que ni l’article 62 ni le paragraphe 12(1) ne circonscrivent les types de questions qui peuvent être soulevées devant le CRTC ou le gouverneur en conseil. C’est en net contraste avec le paragraphe 64(1), qui limite l’examen de notre Cour aux questions de droit et de compétence.

[24] En plus d’interjeter les présents appels, les appelantes ont déposé auprès du CRTC des demandes sollicitant que ce dernier révisé et modifie l’ordonnance visée par l’appel. Les appelantes ont également déposé des demandes distinctes auprès du gouverneur en conseil, sollicitant l’annulation de l’OT 2019-288. À l’audience, les avocats des parties ont fait savoir que les décisions sur ces demandes n’ont pas encore été rendues.

[25] Alors que notre Cour avait pris la présente affaire en délibéré, les avocats des appelantes ont fait savoir que le gouverneur en conseil avait rendu une décision relativement aux demandes déposées par les appelantes. Nous avons reçu le *Décret refusant de modifier, d’annuler ou de renvoyer pour réexamen l’ordonnance de télécom CRTC 2019-288*, C.P. 2020-0553. Les avocats ont demandé et obtenu l’autorisation de déposer des observations écrites succinctes sur le décret C.P. 2020-0553. Le décret est analysé ci-dessous dans l’examen des observations des appelantes voulant que le Conseil n’ait pas exercé ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique de télécommunication et les instructions du Cabinet et que ce manquement constitue une erreur de droit ou de compétence.

## ii. TO 2019-288's policy pedigree

[26] TO 2019-288 did not spring into existence in a factual vacuum; it had antecedents. As this Court has noted, CRTC decisions fit into a “continuum” (*Société Radio-Canada v. Métromédia Cmr Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266, 1999 CanLII 8947 (C.A.), at paragraph 14). Indeed, TO 2019-288 is entitled *Follow-up to Telecom Orders 2016-396 and 2016-448 – Final rates for aggregated wholesale high-speed access services*.

[27] The decision expressly incorporates as “Related documents” a number of prior decisions of the CRTC including Telecom Regulatory Policies CRTC 2010-632, [CRTC] 2011-703 [TRP 2011-703] and [CRTC] 2015-326 [TRP 2015-326], Telecom Decisions CRTC 2013-73 [TD 2013-73], [CRTC] 2013-76 [TD 2013-76] and [CRTC] 2016-117 [TD 2016-117] and Telecom Orders CRTC 2016-396 [TO 2016-396] and [CRTC] 2016-448 [TO 2016-448], discussed and fully cited below. As counsel for the Cable Carriers acknowledged in oral argument, the reasons of the Commission in TO 2019-288 are not to be read in isolation. A reader, and a reviewing court, ought to go beyond the Commission’s reasons and read the related documents in order to fairly understand the reasoning of the Commission. Put another way, the related documents are inextricably linked to the decision under appeal.

[28] The decision does not reference as a related document *Disposition of review and vary applications with respect to wholesale high-speed access services: Introductory statement* (21 February 2013), Telecom Regulatory Policy CRTC 2013-70 (TRP 2013-70). In this introductory statement, the Commission frames a series of decisions on wholesale high-speed access services issued contemporaneously with it, including Telecom Decisions CRTC 2013-73 and [CRTC] 2013-76. These decisions, specifically listed by the Commission as related documents in TO 2019-288, should be read in the light of TRP 2013-70.

## ii. Les antécédents de l’OT 2019-288

[26] L’OT 2019-288 n’est pas apparue du néant, elle avait des antécédents. Comme l’a fait observer notre Cour, les décisions du CRTC s’inscrivent dans un « continuum » (*Société Radio-Canada c. Métromédia Cmr Montréal Inc.*, 1999 CanLII 8947, [1999] A.C.F. n° 1637 (QL)(C.A.), paragraphe 14). En effet, l’OT 2019-288 s’intitule *Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d’accès haute vitesse de gros groupé*.

[27] La décision inclut expressément dans les « documents connexes » plusieurs décisions antérieures du CRTC, notamment les politiques réglementaires de télécom CRTC 2010-632 [PRT 2010-632], [CRTC] 2011-703 [PRT 2011-703] et [CRTC] 2015-326 [PRT 2015-326], les décisions de télécom CRTC 2013-73 [DT 2013-73], [CRTC] 2013-76 [DT 2013-76] et [CRTC] 2016-117 [DT 2016-117] et les ordonnances de télécom CRTC 2016-396 [l’OT 2016-396] et [CRTC] 2016-448 [l’OT 2016-448], qui sont analysées et dont les références complètes sont données ci-dessous. Comme l’ont reconnu les avocats des câblodistributeurs dans leurs observations orales, les motifs du Conseil dans l’OT 2019-288 ne doivent pas être interprétés isolément. La personne qui lit ces motifs et la cour qui en fait le contrôle doivent aller au-delà des motifs du Conseil et lire les documents connexes afin de bien comprendre le raisonnement du Conseil. En d’autres termes, les documents connexes sont inextricablement liés à la décision frappée d’appel.

[28] La décision n’inclut pas dans les documents connexes la politique intitulée *Traitement des demandes de révision et de modification relatives aux services d’accès haute vitesse de gros : remarques d’introduction* (21 février 2013), politique réglementaire de télécom CRTC 2013-70 (la PRT 2013-70). Dans ces remarques d’introduction, le Conseil présente une série de décisions sur les services d’accès haute vitesse de gros publiées en même temps que sa politique, notamment les décisions de télécom CRTC 2013-73 et CRTC 2013-76. Ces décisions, figurant expressément dans la liste de documents connexes donnée par le Conseil dans l’OT 2019-288, doivent être interprétées à la lumière de la PRT 2013-70.

[29] A brief review of these policies and orders and Telecom Decision CRTC 2016-117 (TD 2016-117) will situate TO 2019-288.

[30] *Wholesale high-speed access services proceeding* (30 August 2010), Telecom Regulatory Policy CRTC 2010-632 (TRP 2010-632) is an early policy statement issued by the CRTC on wholesale high-speed access services. The decision followed what the Commission described to be “a comprehensive public proceeding” commenced in May 2009, to consider whether incumbent local exchange carriers and Cable Carriers should be required to offer certain high-speed access facilities as wholesale services to competitors for resale. The Commission reviewed the evolution of Internet services from low-speed dial-up services to higher speed Internet services facilitated by the construction of more fibre facilities in access networks. The Commission [at paragraph 23] “indicated its intention to apply its essential services framework for wholesale services in this proceeding on a forward-looking basis to provide appropriate incentives for continued investment in broadband infrastructure, encourage competition and innovation, and expand consumer choice.”

[31] The Commission went on to describe its determinations to be in accordance with the Act, including subsection 27(2), and to be made with a view to implementing the policy objectives found in subsections 7(a), (b), (c), (f), and (h) of the Act. The Commission also stated that its determinations were in accordance with the Cabinet Direction (TRP 2010-632, paragraphs 26 and 27). The Commission returned to a discussion of the policy objectives advanced by its decision at paragraphs 143 to 149 of its reasons (as quoted later in these reasons at paragraph 193). The Commission ended its decision by directing the major incumbent local exchange carriers and the Cable Carriers to file proposed tariffs with supporting Phase II cost studies, and by reciting the policy objectives advanced by its determinations.

[32] Here, it is helpful to provide a brief explanation about Phase II costing principles. Phase II costing principles, or simply Phase II costing, is the costing methodology used by the CRTC when conducting rate-setting proceedings. This methodology has been used, with various

[29] Un bref examen de ces politiques et ordonnances ainsi que de la décision de télécom CRTC 2016-117 (la DT 2016-117) permettra de contextualiser l’OT 2019-288.

[30] *L’Instance sur les services d’accès à haute vitesse de gros* (30 août 2010), politique réglementaire de télécom CRTC 2010-632 (la PRT 2010-632), est un des premiers énoncés de politique du CRTC sur les services d’AHV de gros. Cette décision faisait suite à ce que le Conseil a appelé une « instance publique exhaustive » commencée en mai 2009, visant à examiner si les entreprises de services locaux titulaires et les câblodistributeurs devaient être tenus d’offrir, comme services de gros, certaines installations d’AHV à des concurrents en vue de leur revente. Le Conseil a examiné l’évolution des services Internet, des services d’accès commutés à faible vitesse aux services Internet à vitesse supérieure, rendus possibles par la construction d’un plus grand nombre d’installations de fibre dans les réseaux d’accès. Le Conseil [au paragraphe 23] « a fait connaître son intention d’appliquer désormais aux services de gros son cadre des services essentiels afin d’encourager adéquatement l’investissement continu dans l’infrastructure à large bande, la concurrence et l’innovation et d’élargir l’éventail des choix offerts aux consommateurs ».

[31] Le Conseil a ensuite affirmé que ses conclusions étaient conformes à la Loi, y compris le paragraphe 27(2), et avaient été tirées de manière à réaliser les objectifs stratégiques figurant aux alinéas 7a), b), c), f) et h) de la Loi. Le Conseil a également affirmé que ses conclusions étaient conformes aux instructions du Cabinet (PRT 2010-632, paragraphes 26 et 27). Le Conseil est revenu sur les objectifs de la politique que met en œuvre sa décision aux paragraphes 143 à 149 de ses motifs (cités plus loin dans les présents motifs, au paragraphe 193). Le Conseil a terminé sa décision en enjoignant aux principales entreprises de services locaux titulaires et aux câblodistributeurs de déposer des propositions de tarifs ainsi que des études de coûts de la Phase II à l’appui, de même qu’en rappelant les objectifs de la politique visés par ses décisions.

[32] Il est utile d’expliquer brièvement les principes du calcul des coûts de la Phase II. Les principes du calcul des coûts de la Phase II, ou simplement le calcul des coûts de la Phase II, sont la méthode de calcul des coûts utilisée par le CRTC lors des instances d’établissement



modifications, since 1979 for a variety of rate-setting functions performed by the CRTC. In brief, regulated Carriers are required to file Phase II costing manuals which are used to prepare cost studies that are submitted to the CRTC. The CRTC then uses these cost studies, as well as other information and considerations, to set rates. Rates developed pursuant to this methodology are based on the projected, actual costs that a regulated carrier will incur when providing a telecommunications service over a defined future study period, plus a reasonable markup. The markup recognizes overhead and other fixed costs and the need to provide an incentive for continued investment in new network infrastructure (see, for example, TRP 2011-703, paragraph 82 and footnote 30).

[33] TRP 2010-632 was followed a few months later by *Billing practices for wholesale residential high-speed access services* (15 November 2011), Telecom Regulatory Policy CRTC 2011-703 (TRP 2011-703) where the Commission reconsidered how large telephone and cable companies should charge competitors for access to, and use of, their HSA wholesale services. The Commission found two billing models to be acceptable: a capacity-based billing model and a flat rate model. The Commission decided that rates for either model should be based on each of the individual, large cable and telephone companies' costs to provide the service plus a reasonable markup; further, the markups should be comparable for all cable and telephone companies. The Commission also addressed other important policy issues: the rate principles to be applied to the selected billing models and the reasonableness of the costs submitted by the network providers. When considering the reasonableness of the costs submitted by the network providers the Commission examined various issues associated with the Phase II cost studies that had been filed, including such things as annual capital unit cost changes (which will be discussed in more detail below). After discussing the implementation of the tariffs set by it establishing final wholesale rates, the Commission reviewed the extent to which its decision complied with the Cabinet Direction. Portions of this analysis are set out at paragraph 194 below.

de tarifs. Cette méthode est utilisée, avec diverses modifications, depuis 1979 pour diverses fonctions de tarification exercées par le CRTC. En bref, les entreprises réglementées sont tenues de déposer des manuels de calcul des coûts de la Phase II, qui servent à préparer les études de coûts qui sont soumises au CRTC. Le CRTC se fonde ensuite sur ces études de coûts, ainsi que d'autres renseignements et facteurs, pour fixer les tarifs. Les tarifs établis conformément à cette méthode sont fondés sur les coûts réels projetés que les entreprises réglementées devront déboursier pour fournir des services de télécommunication sur une période future définie pour l'étude, auxquels est ajoutée une majoration raisonnable. Cette majoration tient compte des coûts indirects et autres coûts fixes et de la nécessité d'encourager les investissements dans de nouvelles infrastructures de réseau (voir, par exemple, PRT 2011-703, paragraphe 82 et note de bas de page 30).

[33] La PRT 2010-632 a été suivie quelques mois plus tard par les *Pratiques de facturation concernant les services d'accès à haute vitesse de résidence de gros* (15 novembre 2011), politique réglementaire de télécom CRTC 2011-703 (la PRT 2011-703), dans lesquelles le Conseil a réexaminé la manière dont les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie devaient facturer aux concurrents l'accès à leurs services d'AHV de gros et leur utilisation. Le Conseil a estimé que deux modèles de facturation étaient acceptables : un modèle de facturation en fonction de la capacité et un modèle de tarif fixe. Le Conseil a décidé que les tarifs de l'un ou l'autre modèle devraient être fondés sur les coûts de fourniture du service engagés par chaque grande entreprise de téléphonie et de câblodistribution, plus une majoration raisonnable. De plus, les majorations devaient être comparables pour toutes les entreprises de câblodistribution et de téléphonie. Le Conseil a également examiné d'autres questions administratives importantes : les principes de détermination des tarifs à appliquer aux modèles de facturation retenus et le caractère raisonnable des coûts proposés par les fournisseurs de réseaux. Dans l'examen du caractère raisonnable des coûts proposés par les fournisseurs de réseaux, le Conseil a étudié diverses questions liées aux études de coûts de la Phase II qui avaient été déposées, notamment des éléments comme la variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations (qui sera examinée plus en détail ci-dessous). Après avoir discuté



[34] TRP 2011-703 essentially settled the basic form and structure of the wholesale rates at issue in this appeal. The Commission [at paragraph 3] noted that it was important to “ensure that retail Internet service competition is sufficient to protect consumers’ interests” and that the services “provided by the independent service providers bring pricing discipline, innovation, and consumer choice to the retail Internet service market.”

[35] The Commission further clarified billing models and costing issues in TRP 2013-70. The Commission affirmed that it “sought to ensure that there is a competitive wholesale market that accurately compensates each incumbent for the costs incurred to make those wholesale services available to the independent service providers and, at the same time, to allow for effective and efficient competition to the benefit of Canadians.” (TRP 2013-703, paragraph 14).

[36] In the eight decisions issued with TRP 2013-70, the Commission sought to simplify the implementation of the new wholesale high-speed access service billing models, make adjustments to the wholesale high-speed access service rates to reflect cost adjustments and create a uniform pricing approach for business and residential wholesale high-speed access services. In associated orders, the Commission found errors in the service costs upon which rates set in TRP 2011-703 and TRP 2011-704 were based, and adjusted the 2011 rate accordingly. In some cases it was necessary to apply the rate adjustments retroactively “to ensure that the rates are at all times just and reasonable and in furtherance of the policy objectives set out in the Act” (TD 2013-73, paragraphs 106 to 110, TD 2013-76, paragraph 46).

la mise en œuvre des tarifs fixés par l’établissement de tarifs de gros définitifs, le Conseil a examiné dans quelle mesure sa décision était conforme aux instructions du Cabinet. Des parties de cette analyse sont reproduites au paragraphe 194 ci-dessous.

[34] La PRT 2011-703 a essentiellement fixé la forme et la structure de base des tarifs de gros qui font l’objet du présent appel. Le Conseil [au paragraphe 3] a noté qu’il était important de « veiller à ce que la concurrence sur le marché des services Internet de détail soit suffisante pour protéger les intérêts des consommateurs » et que les services « offerts par les fournisseurs de services indépendants contribuent à dicter les prix, à favoriser l’innovation et à offrir des choix aux consommateurs sur le marché des services Internet de détail ».

[35] Le Conseil a donné des précisions sur les modèles de facturation et les difficultés d’établissement des coûts dans la PRT 2013-70. Le Conseil a affirmé qu’il « a voulu assurer l’existence d’un marché des services de gros concurrentiel qui compense avec exactitude les coûts engagés par les titulaires afin d’offrir ces services de gros aux fournisseurs de services indépendants, de manière à permettre une concurrence efficace et efficiente au profit des Canadiens » (PRT 2013-70, paragraphe 14).

[36] Dans les huit décisions publiées avec la PRT 2013-70, le Conseil a cherché à simplifier la mise en œuvre des nouveaux modèles de facturation des services d’AHV de gros, à modifier les tarifs de ces services pour tenir compte des rajustements de coûts et à créer une approche uniforme d’établissement des tarifs des services d’AHV d’affaires et de résidence de gros. Dans des ordonnances connexes, le Conseil a décelé des erreurs dans les coûts des services sur lesquels étaient fondés les tarifs fixés dans les PRT 2011-703 et PRT 2011-704 et a rajusté le tarif de 2011 en conséquence. Dans certains cas, il a été nécessaire d’appliquer le rajustement de tarif rétroactivement « afin de garantir qu’en tout temps, les tarifs sont justes et raisonnables et contribuent à l’atteinte des objectifs de la politique de télécommunication énoncés dans la Loi » (DT 2013-73, paragraphes 106 à 110, DT 2013-76, paragraphe 46).

[37] TRP 2013-70 was followed by *Review of wholesale wireline services and associated policies* (22 July 2015), Telecom Regulatory Policy CRTC 2015-326 (TRP 2015-326). This policy is the most recent decision mandating access to the high-speed access services of the large telephone and cable companies. The decision followed a public proceeding conducted to review wholesale wireline services and associated policies. The Commission stated that as part of this proceeding it had “reviewed the existing wholesale services framework, various wholesale wireline services, and the approach it uses to set the rates for wholesale services to determine whether changes to the existing regulatory landscape are appropriate” (TRP 2015-326, preamble, paragraph 2). The Commission adjusted its mandating criteria for wholesale services and set out the rationale behind its determination to mandate the provision of certain wholesale high-speed access services, stating at paragraph 3:

Over the years, the Commission has established various policies, rules, and regulations to govern the provision of wholesale services. These regulatory measures are necessary because incumbent carriers have had considerable advantages over competitors. Without wholesale regulation, fewer competitive service options would be available to Canadians.

The Commission also determined the costing methodology to be applied to wholesale services. Rates for wholesale services would continue to be based upon the use of incremental costing supplemented by an approved markup (i.e. Phase II costing principles). Alternative costing approaches were rejected because, among other reasons, no evidence suggested that alternative approaches would improve regulatory efficiency (TRP 2015-326, paragraphs 233 to 241).

[38] Before leaving TRP 2015-326, I will deal with the Cable Carriers’ submission, made in reply argument, that this decision is irrelevant to TO 2019-288 because TRP 2015-326 phased out the mandated provision of aggregated HSA services and TO 2019-288 set final rates for those services.

[37] La PRT 2013-70 a été suivie de l’*Examen du cadre des services filaires de gros et des politiques connexes* (22 juillet 2015), la politique réglementaire de télécom CRTC 2015-326 (la PRT 2015-326). Cette politique est la décision la plus récente obligeant les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie à donner accès à leurs services d’AHV. Cette décision faisait suite à une instance publique visant l’examen des services filaires de gros et des politiques connexes. Le Conseil a affirmé que, dans le cadre de cette instance, il avait « examiné le cadre existant de services de gros, divers services filaires de gros et l’approche qu’il utilise pour fixer les tarifs des services de gros afin de déterminer si les changements apportés à la réglementation existante sont appropriés » (PRT 2015-326, deuxième paragraphe du préambule). Le Conseil a adapté ses critères de prescription pour les services de gros et a exposé les motifs qui l’ont amené à rendre obligatoire la fourniture de certains services d’AHV de gros. Au paragraphe 3, il a écrit :

Au fil des ans, le Conseil a instauré diverses politiques, règles et règlements régissant la prestation des services de gros. Ces mesures de réglementation sont nécessaires parce que les entreprises titulaires ont eu des avantages considérables sur les concurrents. Sans réglementation des services de gros, moins d’options de services concurrentiels seraient offertes aux Canadiens.

Le Conseil a également établi la méthode d’établissement des coûts à appliquer aux services de gros. Les tarifs des services de gros continueraient d’être fondés sur les coûts différentiels, auxquels s’ajoute une majoration approuvée (c.-à-d. les principes d’établissement des coûts de la Phase II). D’autres méthodes d’établissement des coûts ont été rejetées, notamment parce qu’aucun élément de preuve ne montrait que ces autres méthodes amélioreraient l’efficacité réglementaire (PRT 2015-326, paragraphes 233 à 241).

[38] Avant de conclure mes observations sur la PRT 2015-326, j’analyserai l’observation des câblodistributeurs, présentée en réplique, selon laquelle cette politique est sans lien avec l’OT 2019-288 parce que la PRT 2015-326 supprimait progressivement l’obligation de fournir des services d’AHV groupés et que l’OT 2019-288 a fixé les tarifs définitifs de ces services.

[39] TRP 2015-326 is not irrelevant to the decision at issue. In TRP 2015-326 the Commission determined that aggregated wholesale HSA services would “no longer be mandated for the incumbent carriers under certain conditions and subject to an appropriate transition plan.” (TRP 2015-326, paragraph 143). “Incumbent carriers are expected to continue to file tariffs regarding the introduction of or modifications to the provision of aggregated wholesale HSA services until such services have been phased out within their respective serving territories” (TRP 2015-326, paragraph 155). The final rates for aggregated wholesale HSA services set in TO 2019-288 are integral to the transition plan.

[40] In *Review of costing inputs and the application process for wholesale high-speed access services* (31 March 2016), Telecom Decision CRTC 2016-117 (TD 2016-117) the Commission made its determinations with two particular objectives in mind: (i) to establish a streamlined tariff application process, and (ii) to ensure that the inputs to wholesale high-speed access service providers’ cost models remained appropriate. To meet the first objective, the Commission adopted a simplified cost-based approach for rate-setting referred to as “speed-banding”. More will be said about speed-banding below. To meet the second objective, the Commission made determinations with respect to some components of cost studies. Of relevance to this appeal are determinations made with respect to the annual traffic growth assumption (necessary because the annual growth of Internet traffic had increased significantly since TRPs 2011-703 and 2011-704) and the annual capital unit cost change assumption. More will also be said below about these cost components.

[41] The Commission also changed the study period from the then current ten-year period to a shorter five-year study period. This reflected the fact that wholesale HSA service speeds were rapidly changing; many service speed offerings might not have a life span of more than five years. Finally, the Commission converted the then current wholesale rates paid by competitors into

[39] La PRT 2015-326 n’est pas sans lien avec la décision visée en l’espèce. Dans la PRT 2015-326, le Conseil a déterminé que les services d’AHV de gros groupés « ne seront plus rendus obligatoires pour les entreprises titulaires, sous certaines conditions et sous réserve d’un plan de transition adéquat » (PRT 2015-326, paragraphe 143). Le Conseil « s’attend à ce que les entreprises titulaires continuent à déposer des tarifs pour la mise en œuvre ou la modification de la prestation de services AHV de gros groupés jusqu’à ce que de tels services soient progressivement éliminés au sein de leurs territoires de desserte respectifs » (PRT 2015-326, paragraphe 155). Les tarifs définitifs pour les services d’AHV de gros groupés fixés dans l’OT 2019-288 font partie intégrante du plan de transition.

[40] Dans l’*Examen des données pour l’établissement des coûts et du processus de demande relatif aux services d’accès haute vitesse de gros* (31 mars 2016), Décision de télécom CRTC 2016-117 (la DT 2016-117), le Conseil a tiré ses conclusions en gardant à l’esprit deux objectifs particuliers : (i) établir un processus de demande tarifaire simplifié et (ii) garantir que les données utilisées dans les modèles d’établissement des coûts des fournisseurs de services d’AHV de gros demeurent celles qu’il convient d’utiliser. Pour atteindre le premier objectif, le Conseil a adopté une méthode d’établissement des tarifs simplifiée fondée sur les coûts, appelée la méthode « par tranche de vitesses ». Cette méthode sera analysée plus loin. Pour atteindre le deuxième objectif, le Conseil a tiré des conclusions relativement à certains éléments des études de coûts. Parmi celles qui sont utiles pour trancher le présent appel se trouvent les conclusions relatives à l’hypothèse de croissance annuelle du trafic (nécessaire parce que la croissance annuelle du trafic Internet a augmenté considérablement depuis les PRT 2011-703 et PRT 2011-704) et l’hypothèse de la variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations. Ces hypothèses seront examinées davantage plus loin.

[41] Le Conseil a également modifié la période d’étude, ramenant la période alors utilisée de dix ans à une période plus courte de cinq ans. Cette décision s’explique par le fait que les vitesses des services d’AHV de gros changent rapidement, de sorte que de nombreuses offres de vitesses de service pouvaient ne pas avoir une durée de vie supérieure à cinq ans. Enfin, le Conseil a

interim rates. The Commission's determination that changes were necessary to certain costing assumptions demonstrated to it that "current wholesale HSA service rates are likely not just and reasonable." The HSA service providers were required to submit new cost studies. The Commission stated it would assess whether rates should be set retroactively when the new cost studies were submitted (TD 2016-117, paragraph 105).

[42] Generally, Telecom Orders apply established policies to the facts found in the proceeding. They are the practical application of the policy framework set out in TRPs to specific fact situations. Two orders are of particular relevance. After the issuance of TD 2016-117, the Commission considered the new cost studies submitted by the parties and issued TO 2016-396 and TO 2016-448. These orders established new interim rates. These interim rates were lower than the rates previously paid by competitors.

[43] In *Tariff notice applications concerning aggregated wholesale high-speed access services – Revised interim rates* (6 October 2016), Telecom Order CRTC 2016-396 (TO 2016-396) the Commission observed, at paragraph 19, that some of the proposed costs submitted by wholesale HSA service providers were "not reasonable due to deviations from Phase II costing principles, the lack of pertinent costing details, including descriptions of input data variables, and modelling assumptions without supporting rationale. Accordingly, the Commission concludes that the proposed monthly rates for certain wholesale HSA service providers are, on a *prima facie* basis, not based on reasonable costs." Therefore, the Commission set revised, lowered interim rates for aggregated wholesale HSA.

[44] In *Bragg Communications Incorporated, operating as Eastlink – Revised interim rates for aggregated*

converti les tarifs de gros alors payés par les concurrents en tarifs provisoires. Parce qu'il a déterminé qu'il était nécessaire de modifier certaines hypothèses d'établissement des coûts, le Conseil a pu conclure que « les tarifs actuels des services AHV de gros ne sont probablement pas justes et raisonnables ». Les fournisseurs de services d'AHV ont dû présenter de nouvelles études de coûts. Le Conseil a affirmé qu'il déciderait s'il y avait lieu d'appliquer les tarifs rétroactivement lorsque les nouvelles études de coûts seraient présentées (DT 2016-117, paragraphe 105).

[42] En général, les ordonnances de télécom appliquent des politiques établies aux faits constatés dans l'instance. Elles représentent l'application concrète du cadre administratif défini dans les politiques réglementaires de télécom à des situations de fait précises. Deux ordonnances sont particulièrement pertinentes. Après la publication de la DT 2016-117, le Conseil a examiné les nouvelles études de coûts présentées par les parties et a rendu l'OT 2016-396 et l'OT 2016-448. Ces ordonnances établissaient de nouveaux tarifs provisoires. Ces tarifs provisoires étaient inférieurs aux tarifs que payaient jusque-là les concurrents.

[43] Dans les *Demandes de modification tarifaire concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupés – Tarifs provisoires modifiés* (6 octobre 2016), ordonnance de télécom CRTC 2016-396 (l'OT 2016-396), le Conseil a fait observer, au paragraphe 19, que certains des coûts proposés par les fournisseurs de services d'AHV de gros n'étaient pas « raisonnables en raison d'écarts par rapport aux principes d'établissement des coûts de la Phase II, du manque de détails pertinents à l'égard de l'établissement des coûts, y compris de descriptions des variables des données entrées, et des hypothèses sous-jacentes aux modèles sans justification à l'appui. Par conséquent, le Conseil conclut que les tarifs mensuels proposés par certains fournisseurs de services AHV de gros ne sont pas basés de prime abord sur des coûts raisonnables ». C'est pourquoi le Conseil a fixé des tarifs provisoires révisés et réduits pour les services d'AHV de gros groupés.

[44] Dans l'ordonnance *Bragg Communications Incorporated, exerçant ses activités sous le nom d'Eastlink*

*wholesale high-speed access service* (10 November 2016), Telecom Order CRTC 2016-448 (TO 2016-448) the Commission concluded, for similar reasons, that “Eastlink’s proposed monthly rates are, on a *prima facie* basis, not reasonable” (paragraph 13).

[45] In response, new proposed wholesale rates based on updated cost studies were submitted by the telephone and cable companies. This culminated in the issuance of the order under appeal that established final wholesale rates that were lower than the interim rates set in 2016. The rates applied retroactively to March 31, 2016 for Bell Canada, Bell MTS, Cogeco, Eastlink, Sasktel, TCI and Videotron, and to January 31, 2017 for Shaw (TO 2019-288, paragraphs 331 and 332).

[46] It is relevant to end this portion of the reasons with the observation that aside from the present appeal none of the policies, decisions and orders described above were appealed.

[47] Having situated the appeal in its statutory and historical context, I turn to consider the proper scope of the appeal.

3. Do the appellants raise grounds of appeal that are not questions of law or jurisdiction properly before this Court?

[48] In *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573, this Court considered the scope of the statutory appeal authorized under subsection 41(1) of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (CTA). Subsection 41(1), like subsection 64(1) of the *Telecommunications Act*, permits an appeal to this Court, with leave, on questions of law or jurisdiction. There are other important similarities between the Acts and the limited right of appeal each grants:

- i. Both Acts deal with highly specialized, expert regulatory bodies.

– *Tarifs provisoires révisés concernant le service d’accès haute vitesse de gros groupé* (10 novembre 2016), ordonnance de télécom CRTC 2016-448 (l’OT 2016-448), le Conseil, pour des motifs semblables, a conclu « de prime abord que la proposition de tarifs mensuels d’Eastlink n’est pas raisonnable » (paragraphe 13).

[45] En réponse, les entreprises de câblodistribution et de téléphonie ont produit de nouvelles propositions de tarifs de gros fondées sur des études de coûts mises à jour. C’est ce qui a donné lieu à l’ordonnance visée par le présent appel, laquelle établit des tarifs de gros définitifs inférieurs aux tarifs provisoires fixés en 2016. Les tarifs se sont appliqués rétroactivement au 31 mars 2016 pour Bell Canada, Bell MTS, Cogeco, Eastlink, Sasktel, TCI et Vidéotron, et au 31 janvier 2017 pour Shaw (OT 2019-288, paragraphes 331 et 332).

[46] Il convient de terminer cette partie des motifs en faisant observer que, hormis le présent appel, aucune des politiques, des décisions et des ordonnances présentées ci-dessus n’a fait l’objet d’un appel.

[47] Après avoir placé l’appel dans son contexte légal et historique, je vais maintenant examiner la portée de l’appel.

3. Les appelantes font-elles valoir des motifs d’appel qui ne sont ni des questions de droit ni des questions de compétence dont notre Cour peut être saisie?

[48] Dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573, notre Cour a examiné la portée du droit d’appel prévu au paragraphe 41(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la LTC). Le paragraphe 41(1), à l’instar du paragraphe 64(1) de la *Loi sur les télécommunications*, permet d’interjeter appel devant notre Cour, avec son autorisation, sur des questions de droit ou de compétence. Il existe d’autres similitudes importantes entre les deux lois et le droit d’appel limité que chacune confère :

- i. Les deux lois régissent des organismes de réglementation experts hautement spécialisés.

- ii. Findings of the Canada Transportation Agency on questions of fact, like those of the CRTC, are binding and conclusive (CTA, section 31).
  - iii. The Agency, like the CRTC, may review, rescind or vary any decision or order made by it (CTA, section 32).
  - iv. The Governor in Council may also vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency (CTA, section 40), in the same manner as it may review decisions of the CRTC.
- ii. Les conclusions de l'Office des transports du Canada sur les questions de fait, à l'instar de celles du CRTC, sont définitives (LTC, article 31).
  - iii. L'Office, à l'instar du CRTC, peut réviser, annuler ou modifier ses décisions ou arrêtés (LTC, article 32).
  - iv. Le gouverneur en conseil peut également modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office (LTC, article 40), au même titre qu'il peut réviser les décisions du CRTC.

[49] Looking at the text, context and purpose of subsection 41(1) of the CTA, this Court concluded in *Emerson Milling* that a question of jurisdiction “includes at least issues of procedural fairness, even if those issues are factually suffused” (*Emerson Milling*, paragraph 19). As to what constitutes a question of law, this Court found that the standard of “extricable questions of law or legal principle” is the applicable standard for determining whether a question of mixed fact and law is a “question of law” appealable under subsection 41(1) of the CTA (*Emerson Milling*, paragraph 26).

[50] In my view, the Court’s analysis and conclusion in *Emerson Milling* are equally apposite to appeals under subsection 64(1) of the *Telecommunications Act*.

[51] In *Emerson Milling* this Court also recognized that the mere say-so of a party that a “legal test” is implicated is insufficient to found an appeal. Grounds of appeal may be expressed in an artful way to make them appear to raise legal questions when they do not. Accordingly, what is required is to look at the substance of what is raised, not the form. The true subject-matter of an appeal may be identified by construing the notice of appeal. As well, an appellant’s memorandum of fact and law may be useful in providing a realistic appreciation of the appeal’s essential character (*Emerson Milling*, paragraphs 29 and 30).

[49] En procédant à l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique du paragraphe 41(1) de la LTC, notre Cour a conclu, dans l’arrêt *Emerson Milling*, que les questions de compétence « visent à tout le moins les questions d’équité procédurale, même si ces questions sont intimement liées aux faits » (*Emerson Milling*, paragraphe 19). Quant à savoir ce qui constitue une question de droit, notre Cour a conclu que « la question de droit isolable ou du principe juridique isolable » est la norme applicable pour déterminer si une question mixte de fait et de droit est une « question de droit » susceptible de faire l’objet d’un appel en vertu du paragraphe 41(1) de la LTC (*Emerson Milling*, paragraphe 26).

[50] À mon avis, l’analyse et la conclusion de la Cour dans l’arrêt *Emerson Milling* s’appliquent avec autant de pertinence aux appels interjetés en vertu du paragraphe 64(1) de la *Loi sur les télécommunications*.

[51] Dans l’arrêt *Emerson Milling*, notre Cour a également reconnu que le simple fait qu’une partie soutienne qu’un « critère juridique » est en cause ne suffit pas à justifier un appel. Les motifs d’appel sont parfois exprimés habilement afin de donner l’impression qu’ils soulèvent des questions juridiques alors que ce n’est pas le cas. En conséquence, il faut examiner le fond de ce qui est soulevé, et non la forme. Le véritable objet d’un appel peut être défini par l’interprétation de l’avis d’appel. De même, le mémoire des faits et du droit de l’appellant peut utilement donner une idée réaliste de la véritable nature de l’appel (*Emerson Milling*, paragraphes 29 et 30).



[52] With this background, I turn to the grounds of appeal presented by the appellants in this case. To summarize briefly, these grounds of appeal are: (i) the Commission breached the principles of procedural fairness and engaged in arbitrary decision-making; (ii) the Commission failed to comply with a statutory reasons requirement; (iii) the Commission imposed an unconstitutional tax; (iv) the Commission failed to exercise its powers with a view to ensuring that the appellants' rates are "just and reasonable"; and, (v) the Commission failed to exercise its powers with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives set out in section 7 of the Act and the Cabinet Direction.

i. Proper grounds of appeal

[53] I am satisfied the first three of the proffered grounds of appeal at least on the surface raise questions of law or jurisdiction.

[54] This is so because the allegation of breach of procedural fairness was characterized to be a question of jurisdiction in *Emerson Milling*; the related issue described by the Cable Carriers to be "arbitrary decision-making" (discussed in more detail below) may, as a matter of law, rise to the level of an extricable question of law if, for example, a decision maker renders a decision in the absence of any evidence (see, for example, *TELUS Communications Inc. v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, 2004 FCA 365, [2005] 2 F.C.R. 388, at paragraphs 40 to 43). The remaining two issues of a statutory reasons requirement and an unconstitutional tax also raise extricable questions of law.

ii. Improper grounds of appeal

[55] The remaining two proffered grounds of appeal are more problematic: the ground that the CRTC failed to exercise its powers with a view to ensuring that the appellants' rates are "just and reasonable" and the ground that it failed to exercise its powers with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives set out in section 7 of the Act and the Cabinet Direction. Each will be considered in turn.

[52] Le contexte étant posé, je vais maintenant examiner les motifs d'appel invoqués par les appelantes en l'espèce. En bref, ces motifs d'appel sont les suivants : (i) le Conseil a manqué aux principes d'équité procédurale et a pris une décision arbitraire; (ii) le Conseil a manqué à une exigence légale quant aux motifs; (iii) le Conseil a imposé une taxe anticonstitutionnelle; (iv) le Conseil n'a pas exercé ses pouvoirs de manière à ce que les tarifs imposés aux appelantes soient « justes et raisonnables »; (v) le Conseil n'a pas exercé ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'article 7 de la Loi et dans les instructions du Cabinet.

i. Les motifs d'appel recevables

[53] Je conclus que les trois premiers motifs d'appel invoqués soulèvent, du moins à première vue, des questions de droit ou de compétence.

[54] Il en est ainsi parce que l'allégation de manquement à l'équité procédurale a été qualifiée de question de compétence dans l'arrêt *Emerson Milling*; la question en litige connexe de ce que les câblodistributeurs ont appelé la [TRADUCTION] « décision arbitraire » (examinée plus en détail ci-dessous) peut, juridiquement, constituer une question de droit isolable si, par exemple, le décideur rend une décision sans se fonder sur des éléments de preuve (voir, par exemple, *TELUS Communications Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, 2004 CAF 365, [2005] 2 R.C.F. 388, paragraphes 40 à 43). Les deux autres questions, à savoir l'exigence légale quant aux motifs et la taxe anticonstitutionnelle, soulèvent également des questions de droit isolables.

ii. Les motifs d'appel irrecevables

[55] Les deux autres motifs d'appel proposés sont plus problématiques : le motif voulant que le CRTC n'ait pas exercé ses pouvoirs de manière à ce que les tarifs imposés aux appelantes soient « justes et raisonnables » et celui voulant qu'il n'ait pas exercé ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'article 7 de la Loi et dans les instructions du Cabinet. Chacun sera examiné à tour de rôle.

(a) Whether the rates are just and reasonable is not a question of law or jurisdiction

[56] As explained above, paragraph 47(a) of the Act requires the Commission to exercise its powers and perform its duties with a view to ensuring that the rates it sets are “just and reasonable”. The appellants argue that:

- A just and reasonable rate must allow a carrier to recover its costs, and the final rates set in the decision do not allow the carriers to recover their costs.
- Nowhere in the reasons does the CRTC advert to the importance of setting rates that ensure a return on investment.
- This error is an error of jurisdiction.

[57] I begin consideration of this point by noting that the Cable Carriers do not cite any evidence in support of their submission that the final rates are insufficient to cover their costs (memorandum of fact and law, paragraph 91). The evidence Bell relies upon to argue that the actual cost of providing wholesale HSA services is substantially higher than the CRTC rate is new evidence, found in the affidavit of its Vice-President Regulatory Law. In his affidavit [paragraphs 28 and 29], the officer swore that:

In short, the process we employed closely mirrors the approach used by the CRTC in reaching the Decision, except that we used Bell’s actual capital costs, from Bell’s financial records, rather than the theoretical assumed capital costs used in Phase II Costing. Using this methodology, we determined that the per-subscriber per-month cost of FTTN access is **substantially higher** than the \$14.78 rate ordered by the CRTC in the Decision.

a) La question de savoir si les tarifs sont justes et raisonnables n’est pas une question de droit ou de compétence

[56] Comme je l’ai expliqué plus haut, l’article 47 de la Loi exige que le Conseil exerce ses pouvoirs et ses fonctions de manière à ce que les tarifs qu’il fixe soient « justes et raisonnables ». Les appelantes soutiennent ce qui suit :

- Des tarifs justes et raisonnables doivent permettre aux entreprises de recouvrer leurs coûts, mais les tarifs définitifs fixés dans la décision ne le leur permettent pas.
- Le CRTC ne souligne nulle part dans ses motifs l’importance de fixer des tarifs qui assurent la rentabilité de l’investissement.
- Il s’agit d’une erreur de compétence.

[57] Je commence l’examen de cet élément en faisant observer que les câblodistributeurs ne citent aucun élément de preuve à l’appui de leur observation selon laquelle les tarifs définitifs ne leur permettent pas de recouvrer leurs coûts (mémoire des faits et du droit, paragraphe 91). Les éléments de preuve sur lesquels Bell se fonde pour affirmer que le coût réel de la fourniture de services d’AHV de gros est considérablement plus élevé que les tarifs fixés par le CRTC sont des éléments nouveaux, qui figurent dans l’affidavit de son vice-président aux affaires réglementaires. Dans son affidavit [paragraphes 28 et 29], le vice-président a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

En bref, le processus que nous avons suivi correspond à peu de choses près à la méthode utilisée par le CRTC pour parvenir à la décision, sauf que nous avons utilisé les coûts réels des immobilisations de Bell, tirés des registres financiers de Bell, plutôt que les coûts théoriques des immobilisations tirés des hypothèses utilisées pour l’établissement des coûts de la Phase II. En utilisant cette méthode, nous avons déterminé que le coût mensuel par abonné de l’accès au réseau de fibre optique jusqu’au nœud (FTTN) est **considérablement plus élevé** que le tarif de 14,78 \$ ordonné par le CRTC dans sa décision.

The Decision thus orders Bell to provide wholesale FTTN Access at **below cost**. [Emphasis in original.]

La décision ordonne donc à Bell de fournir un accès FTTN de gros à un prix **inférieur au coût**. [En gras dans l'original.]

[58] The respondents object that this evidence was not before the Commission, and is improperly placed before this Court.

[58] Les intimés font valoir que cet élément de preuve n'a pas été présenté au Conseil et que notre Cour ne peut en être saisie.

[59] I agree.

[59] Je suis du même avis.

[60] In *Bell Canada v. 7262591 Canada Ltd. (Gusto TV)*, 2016 FCA 123, 17 Admin. L.R. (6th) 175, this Court discussed the purpose of the general rule against allowing new evidence on a statutory appeal [at paragraph 11]:

[60] Dans l'arrêt *Bell Canada c. 7262591 Canada Ltd. (Gusto TV)*, 2016 CAF 123, [2016] A.C.F. n° 447 (QL), notre Cour [au paragraphe 11] a examiné l'objectif de la règle générale interdisant la production de nouveaux éléments de preuve dans les appels prévus par la loi :

The purpose of the general rule is two-fold:

La règle générale vise deux objectifs :

- *To respect the role of the administrative decision-maker.* The administrative decision-maker is the merits decider. It decides what evidence or information it should rely upon, it considers that evidence and information, and it makes findings of fact. That is not the role of the reviewing court. See *Bernard*, *Access Copyright* and *Delios*, all above.

- *Assurer le respect du rôle d'un décideur administratif.* Le décideur administratif est celui qui se prononce sur le fond. Il décide sur quels éléments de preuve ou sur quelle information il doit s'appuyer, il examine les éléments de preuve et les informations, puis il tire les conclusions de fait. Telle n'est pas là la mission du juge réformateur. Voir *Bernard*, *Access Copyright* et *Delios*, tous cités ci-dessus.

- *To further the role of the reviewing court.* The reviewing court must assess the administrative decision-maker's decision against the evidence and information the administrative decision-maker took into account. If certain of that evidence and information is withheld from the reviewing court, the review may be artificial and lead to inaccurate outcomes. See the discussion in *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Alberta*, 2015 FCA 268 at paras. 13-14.

- *Promouvoir la mission du juge réformateur.* Le juge réformateur doit apprécier la décision du décideur administratif à la lumière des informations et des éléments de preuve que celui-ci a pris en considération. Si le juge réformateur n'a pas accès à une partie de ces éléments de preuve et de ces informations, son examen peut être artificiel et aboutir à des solutions inexactes. Voir la discussion dans *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Alberta*, 2015 CAF 268, par. 13 et 14.

[61] I am satisfied that admitting Bell's new evidence about its asserted cost of providing service would violate the CRTC's role as the fact finder and decider of the merits. The cost of providing service was an issue squarely before the Commission.

[61] Je conclus qu'admettre en preuve les nouveaux éléments de Bell concernant les coûts qu'elle affirme devoir engager pour fournir les services empiéterait sur la fonction du CRTC de rechercher les faits et de juger du fond. Le coût de la fourniture des services était une question dont le Conseil était nettement saisi.

[62] Further, accepting the evidence would not facilitate this Court's review of the CRTC's decision against the evidence before it. As will be seen below when considering the allegations of breach of procedural fairness and arbitrary decision-making, there were instances

[62] De plus, admettre cet élément de preuve n'aiderait pas notre Cour à examiner la décision du CRTC en fonction des éléments de preuve dont il disposait. Comme on le verra plus loin dans l'examen des allégations de manquements à l'équité procédurale et de

when the appellants declined to put company-specific evidence before the Commission. It would be particularly inappropriate in this circumstance for this Court to now rely upon evidence that Bell did not put before the Commission.

[63] Contrary to the submissions of the Cable Carriers, the affidavit evidence provided by the appellants is generally not proffered to provide general background information to assist the Court or to shed light on the factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193. The evidence I have rejected about Bell's asserted costs is intended to add new evidence directly relevant to the merits of the appeal.

[64] The result is that the appellants' argument that the Commission committed a jurisdictional error by setting rates that are not just and reasonable is unsupported by an evidentiary basis. However, in any event, I am satisfied that the question of whether the rates in question are just and reasonable is a question of fact—not a question of law or jurisdiction. I reach this conclusion for the following reasons.

[65] For ease of reference I set out subsections 27(1), (3) and (5) of the Act:

**Just and reasonable rates**

**27 (1)** Every rate charged by a Canadian carrier for a telecommunications service shall be just and reasonable.

...

**Questions of fact**

**(3)** The Commission may determine in any case, as a question of fact, whether a Canadian carrier has complied with this section or section 25 or 29, or with any decision made under section 24, 25, 29, 34 or 40.

...

décision arbitraire, il y a eu des cas où les appelantes ont refusé de présenter au Conseil des éléments de preuve propres à leur entreprise. Il serait particulièrement inapproprié dans de telles circonstances que notre Cour se fonde maintenant sur des éléments de preuve que Bell n'a pas présentés au Conseil.

[63] Contrairement à ce que soutiennent les câblo-distributeurs, la preuve par affidavit fournie par les appelantes n'a généralement pas pour objet de fournir des renseignements généraux pour aider notre Cour ni de faire la lumière sur les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699). Les éléments de preuve que j'ai rejetés concernant les coûts que Bell affirme devoir engager devaient servir à apporter de nouveaux éléments concernant directement le fond de l'appel.

[64] Il en résulte que l'observation des appelantes selon laquelle le Conseil a commis une erreur de compétence en fixant des tarifs qui ne sont ni justes ni raisonnables n'est aucunement fondé sur des éléments de preuve. Quoi qu'il en soit, je conclus que la question de savoir si les tarifs en question sont justes et raisonnables est une question de fait, et non une question de droit ou de compétence. J'en arrive à cette conclusion pour les motifs qui suivent.

[65] Par souci de commodité, je reproduis les paragraphes 27(1), (3) et (5) de la Loi :

**Tarifs justes et raisonnables**

**27 (1)** Tous les tarifs doivent être justes et raisonnables.

[...]

**Questions de fait**

**(3)** Le Conseil peut déterminer, comme question de fait, si l'entreprise canadienne s'est ou non conformée aux dispositions du présent article ou des articles 25 ou 29 ou à toute décision prise au titre des articles 24, 25, 29, 34 ou 40.

[...]

**Method**

(5) In determining whether a rate is just and reasonable, the Commission may adopt any method or technique that it considers appropriate, whether based on a carrier's return on its rate base or otherwise. [Underlining added.]

[66] Reading subsection 27(1) in conjunction with subsection (3) demonstrates that whether rates are “just and reasonable” under the statute is a factually suffused question of mixed law and fact. This type of question cannot be entertained under subsection 64(1) of the Act.

[67] This view is reinforced by subsection 27(5). The Commission may adopt any method or technique that it considers appropriate to determine whether a rate is just and reasonable. The Commission enjoys considerable deference in determining the factors to be considered and the methodology that may be adopted for assessing whether rates are just and reasonable (*Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764, at paragraphs 40 and 41). As the CRTC is empowered to choose the method for setting rates, the appellants' arguments are necessarily an assault on the methods selected by the CRTC and its assessment of the evidence. The chosen methods of calculating rates and the CRTC's findings of fact are not subject to appeal under subsection 64(1).

[68] This conclusion is demonstrated in the grounds of appeal set out in the notice of appeal filed on behalf of the large telephone companies. At paragraph 17 it is asserted that:

The CRTC's reasoning process contains several fundamental legal errors that are hallmarks of an irrational decision. The CRTC considered irrelevant factors like outdated data, ignored relevant factors like current data, and adopted methodologies that are contrary to its own earlier decisions. It greatly underestimated the costs of Bell's services. It thus erred in law by unreasonably applying its statutory rate-setting power to these facts. [Underlining added.]

**Méthodes**

(5) Pour déterminer si les tarifs de l'entreprise canadienne sont justes et raisonnables, le Conseil peut utiliser la méthode ou la technique qu'il estime appropriée, qu'elle soit ou non fondée sur le taux de rendement par rapport à la base tarifaire de l'entreprise. [Non souligné dans l'original.]

[66] Si l'on interprète le paragraphe 27(1) en conjonction avec le paragraphe (3), on constate que la question de savoir si les tarifs sont « justes et raisonnables » conformément à la Loi est une question mixte de fait et de droit dominée par les faits. Le paragraphe 64(1) de la Loi n'autorise pas l'examen de ce type de question.

[67] Le paragraphe 27(5) vient étayer ce point de vue. Le Conseil peut adopter toute méthode ou technique qu'il estime appropriée pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables. Il faut faire preuve d'une grande retenue dans l'examen des décisions du Conseil sur les facteurs qu'il a pris en compte et la méthode qu'il peut adopter pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, aux paragraphes 40 et 41). Comme le CRTC a le pouvoir de choisir la méthode de fixation des tarifs, les observations des appelantes constituent nécessairement une contestation des méthodes choisies par le CRTC et de son appréciation des éléments de preuve. Les méthodes choisies pour établir les tarifs et les conclusions de fait du CRTC ne sont pas susceptibles d'appel en vertu du paragraphe 64(1).

[68] Le fondement de cette conclusion se trouve dans les motifs d'appel exposés dans l'avis d'appel déposé au nom des grandes entreprises de téléphonie. Au paragraphe 17, on y affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Le raisonnement du CRTC contient plusieurs erreurs juridiques fondamentales qui sont caractéristiques des décisions irrationnelles. Le CRTC a pris en compte des facteurs non pertinents comme des données désuètes, a fait fi de facteurs pertinents comme des données à jour et a adopté des méthodes qui sont contraires à ses propres décisions antérieures. Elle a largement sous-estimé les coûts des services de Bell. Elle a donc commis une erreur de droit en appliquant de manière déraisonnable à ces faits le pouvoir que lui confère la Loi de fixer des tarifs. [Non souligné dans l'original.]

[69] Challenges to the Commission's choice of methodologies and its assessment of evidence relevant to the selected methodologies are not matters of law or jurisdiction properly before this Court. The appellants' avenues for redress on these points lies with the Commission itself and the Governor in Council.

- (b) The Commission's consideration of policy objectives is not a question of law or jurisdiction

[70] I reach a similar conclusion with respect to the appellants' argument that the Commission failed to implement or even consider the policy objectives enumerated in section 7 of the Act, thus committing a jurisdictional error.

[71] The appellants argue that:

- Section 47 requires the Commission to exercise its powers with a view to implementing the Act's policy objectives and the Cabinet Direction.
- The Commission failed to do so. The decision not only fails to implement the policy objectives but is directly contrary to the geographic and competitive goals of the policy.
- This error deprived the Commission of jurisdiction.

[72] I begin consideration of these submissions by observing that the appellants again point to inadmissible, new evidence to support their submissions. Such inadmissible evidence includes adverse commentary on the decision at issue (for example, the TD Securities Equity Research report, appeal book, tab 136T) and the appellants' own post-decision statements (for example, Cogeco's, Eastlink's, Rogers', Shaw's, Videotron's and Bell's parent company's post-decision announcements). As discussed above beginning at paragraph 60, this new evidence is inadmissible in this proceeding. Receiving this evidence would not respect the differing roles of this reviewing Court and the CRTC.

[69] La contestation des méthodes choisies par le Conseil et de son appréciation des éléments de preuve pertinents pour l'application des méthodes choisies n'est pas une question de droit ou de compétence dont notre Cour peut être saisie. Les voies de recours des appelantes à cet égard sont du ressort du Conseil lui-même et du gouverneur en conseil.

- b) La prise en considération des objectifs de la politique par le Conseil n'est ni une question de droit ni une question de compétence

[70] Je tire une conclusion semblable à l'égard de l'observation des appelantes selon laquelle le Conseil n'a ni réalisé ni même pris en considération les objectifs de la politique énumérés à l'article 7 de la Loi, commettant ainsi une erreur de compétence.

[71] Les appelantes affirment ce qui suit :

- L'article 47 exige que le Conseil exerce ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique énoncés dans la Loi et les instructions du Cabinet.
- Le Conseil n'a pas agi conformément à l'article 47. Non seulement la décision ne réalise pas les objectifs de la politique, mais elle va directement à l'encontre des objectifs géographiques et concurrentiels de la politique.
- En commettant cette erreur, le Conseil n'a pas agi à l'intérieur de sa compétence.

[72] Je commence l'examen de ces observations en faisant observer que les appelantes invoquent encore de nouveaux éléments de preuve irrecevables pour étayer leurs arguments. Ces éléments de preuve irrecevables comprennent des commentaires défavorables sur la décision en cause (par exemple, le rapport de Recherche sur les actions de Valeurs mobilières TD, dossier d'appel, onglet 136T) et les déclarations que les appelantes ont elles-mêmes communiquées après la décision (par exemple, les annonces communiquées après la décision par Cogeco, Eastlink, Rogers, Shaw, Vidéotron et la société mère de Bell). Comme il est écrit plus haut, à partir du paragraphe 60, ces nouveaux éléments de preuve sont



[73] This said, I am satisfied that the appellants' argument that the Commission failed to implement or consider the policy objectives enumerated in section 7 of the Act again is not a question of law or jurisdiction properly before the Court.

[74] In *Bell Aliant*, at paragraph 43, the Supreme Court quoted with approval the following passage from the reasons of Justice Sharlow, writing for this Court in the decision then under appeal:

Because of the combined operation of section 47 and section 7 of the *Telecommunications Act* ..., the CRTC's rating jurisdiction is not limited to considerations that have traditionally been considered relevant to ensuring a fair price for consumers and a fair rate of return to the provider of telecommunication services. Section 47 of the *Telecommunications Act* expressly requires the CRTC to consider, as well, the policy objectives listed in section 7 of the *Telecommunications Act*. What that means, in my view, is that in rating decisions under the *Telecommunications Act*, the CRTC is entitled to consider any or all of the policy objectives listed in section 7.... [Underlining added.]

[75] During oral argument, counsel for the telephone companies conceded that the Commission:

- was not obliged to advance all of the policy objectives enumerated in section 7 of the Act;
- did advance some of the objectives articulated in section 7; and,
- the manner in which the Commission chose to balance policy objectives is not a question of law or jurisdiction.

[76] In my view, these proper concessions, coupled with the broad authority of the Commission to consider any or all policy objectives, is fatal to the appellants'

irrecevables dans le présent appel. Admettre en preuve ces éléments ne respecterait pas les missions respectives de notre Cour d'appel et du CRTC.

[73] Cela dit, je conclus que l'observation des appelants selon laquelle le Conseil n'a pas réalisé ni pris en considération les objectifs de la politique énoncés à l'article 7 de la Loi ne soulève pas non plus une question de droit ou de compétence dont la Cour peut être saisie.

[74] Dans l'arrêt *Bell Aliant*, au paragraphe 43, la Cour suprême a cité avec approbation le passage suivant des motifs de la juge Sharlow, s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt visé par cet appel :

Étant donné l'application conjointe des articles 47 et 7 de la *Loi sur les télécommunications* [...], la compétence de tarification du CRTC ne se limite pas à la prise en compte des facteurs traditionnellement considérés comme pertinents pour assurer un prix équitable aux consommateurs et un rendement équitable aux fournisseurs de services de télécommunication. L'article 47 de la *Loi sur les télécommunications* prescrit expressément au CRTC de prendre en considération, entre autres, les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énumérés à l'article 7 de la même loi. Il s'ensuit à mon avis que le CRTC a le droit, aux fins des décisions de tarification qu'il rend sous le régime de la *Loi sur les télécommunications*, de prendre en considération tous les objectifs de ladite politique énoncés à l'article 7 [...] [Non souligné dans l'original.]

[75] Dans leurs observations orales, les avocats des entreprises de téléphonie ont concédé ce qui suit :

- le Conseil n'était pas obligé de viser la réalisation de tous les objectifs de la politique énoncés à l'article 7 de la Loi;
- le Conseil a réalisé certains des objectifs énoncés à l'article 7;
- la manière dont le Conseil a choisi de concilier les divers objectifs de la politique n'est pas une question de droit ou de compétence.

[76] À mon avis, ces concessions judiciaires, jumelées au vaste pouvoir du Conseil de prendre en considération tous les objectifs de la politique ou seulement

assertion that the Commission’s treatment of the policy objectives raises questions of law or jurisdiction. Again, any disagreement with the Commission’s policy choices is a matter to be pursued with the Commission or the Governor in Council—not this Court.

[77] Indeed, in Order in Council P.C. 2020-0553 the Governor in Council considered “that the final rates set by [TO 2019-288] do not, in all instances, appropriately balance the objectives of the wholesale services framework recognized in Order in Council P.C. 2016-332 ... and that they will, in some instances, undermine investment in high-quality networks”. This said, the Governor in Council found it premature to vary or refer TO 2019-288 back to the Commission because the Commission has already launched a public proceeding to consider the appellants’ applications asking that it review and vary the decision.

[78] As the issue of the CRTC’s treatment of policy objectives is not properly before this Court it is unnecessary to consider the supplementary written submissions filed by the parties.

#### 4. The issues to be decided

[79] Having found the two grounds of appeal discussed above are not questions of law or jurisdiction, and therefore fall outside the scope of subsection 64(1), the remaining issues to be determined are:

- i. Did the CRTC breach the principles of procedural fairness or engage in arbitrary decision-making?
- ii. Do the reasons of the CRTC fail to comply with a statutory reasons requirement?
- iii. Did the CRTC impose an unconstitutional tax?

certain d’eux, sont fatales à la thèse des appelantes selon laquelle la façon dont le Conseil a pris en considération les objectifs de la politique soulève des questions de droit ou de compétence. Là encore, toute contestation des choix du Conseil à l’égard de la politique est du ressort du Conseil ou du gouverneur en conseil, et non de notre Cour.

[77] En effet, dans le décret C.P. 2020-0553, le gouverneur en conseil a estimé « que les tarifs définitifs établis dans la décision [OT 2019-288] ne concilient pas adéquatement dans tous les cas les objectifs du cadre de services de gros reconnus dans le décret C.P. 2016-332 [...] et mineront, dans certains cas, l’investissement dans des réseaux de haute qualité ». Cela dit, le gouverneur en conseil a jugé prématuré de modifier l’ordonnance OT 2019-288 ou de la renvoyer au Conseil, car celui-ci a déjà lancé une instance publique pour examiner les demandes des appelantes sollicitant qu’il révise et modifie la décision.

[78] Comme la question de la façon dont le CRTC a pris en considération les objectifs de la politique n’est pas une question dont peut être saisie notre Cour, il est inutile d’examiner les observations écrites supplémentaires déposées par les parties.

#### 4. Les questions en litige

[79] Ayant conclu que les deux motifs d’appel discutés ci-dessus ne sont pas des questions de droit ou de compétence et par conséquent excèdent la portée du paragraphe 64(1), les questions qu’il reste à trancher sont les suivantes :

- i. Le CRTC a-t-il manqué aux principes d’équité procédurale ou a-t-il rendu une décision arbitraire?
- ii. Le CRTC a-t-il fourni des motifs qui satisfont à l’exigence légale quant aux motifs?
- iii. Le CRTC a-t-il imposé une taxe anticonstitutionnelle?

5. The standards of review to be applied to the issues

[80] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, the Supreme Court held that where Parliament has provided for an appeal from an administrative decision maker to a court, the reviewing court is to apply appellate standards of review. Thus, questions of law, including questions concerning the scope of a decision maker's authority, are reviewable on the standard of correctness (*Vavilov*, paragraph 37).

[81] In light of this, the parties all agree that the standard of review for questions of law and jurisdiction is correctness. It follows that the issues of whether the CRTC failed to comply with a statutory reasons requirement and imposed an unconstitutional tax are reviewable on the standard of correctness.

[82] The Cable Carriers acknowledge some divergence in the jurisprudence as to how allegations of procedural fairness are to be reviewed (memorandum of fact and law, footnote 94). In my view, in this case it is unnecessary to resolve any uncertainty in the law. For the reasons articulated below, even on the non-deferential standard of correctness the appellants have failed to demonstrate procedural unfairness.

[83] I now turn to the application of these standards to the three issues properly before the Court.

6. Did the CRTC breach the principles of procedural fairness or err in law or jurisdiction by engaging in arbitrary decision-making?
- i. The nature of the asserted errors of law and jurisdiction

[84] As explained at the outset of these reasons, in their notice of appeal and memorandum of fact and law

5. La norme de contrôle applicable aux questions en litige

[80] Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, la Cour suprême a conclu que, lorsque le législateur a prévu un droit d'appel devant une cour de justice à l'égard d'une décision d'un décideur administratif, la cour saisie de l'appel doit recourir aux normes applicables en appel. Ainsi, les questions de droit, y compris les questions touchant la portée de la compétence d'un décideur, doivent être examinées selon la norme de la décision correcte (*Vavilov*, paragraphe 37).

[81] À la lumière de ce qui précède, les parties sont toutes d'avis que la norme de contrôle applicable aux questions de droit et de compétence est celle de la décision correcte. Il s'ensuit que les questions de savoir si le CRTC a manqué à une exigence légale quant aux motifs et a imposé une taxe anticonstitutionnelle sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[82] Les câblodistributeurs reconnaissent qu'il n'y a pas unanimité dans la jurisprudence quant à la manière dont les allégations d'équité procédurale doivent être examinées (mémoire des faits et du droit, note de bas de page 94). À mon avis, en l'espèce, il n'est pas nécessaire de résoudre l'incertitude juridique. Pour les motifs exposés ci-dessous, même si notre Cour applique la norme de contrôle de la décision correcte, qui commande le moins de retenue, les appelantes n'ont pas réussi à démontrer qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale.

[83] Je vais maintenant procéder à l'application de ces normes aux trois questions en litige dont la Cour est saisie.

6. Le CRTC a-t-il manqué aux principes d'équité procédurale ou commis une erreur de droit ou de compétence en rendant une décision arbitraire?
- i. La nature des erreurs de droit et de compétence alléguées

[84] Comme je l'ai expliqué au début des présents motifs, dans leur avis d'appel et leur mémoire des faits et

the Cable Carriers assert that the CRTC breached the principles of procedural fairness, impermissibly fettered its discretion, or acted arbitrarily with respect to the following costing factors: the productivity factor, upstream traffic growth rates, the attribution of segmentation fibre costs to Internet services, speed-banding, unrecovered costs, working fill factors, segmentation fibre facilities, coaxial cable facilities and annual development costs.

[85] The telephone companies also argue briefly in their memorandum of fact and law that the CRTC ignored relevant factors, relied on irrelevant factors and made findings with no evidence. They allege the same error with respect to the productivity factor as the Cable Carriers assert. Other examples of alleged breaches of procedural fairness were briefly listed but were not well-developed by the telephone companies (memorandum of fact and law, paragraphs 87 to 92).

[86] In oral argument the Cable Carriers characterized the asserted errors to be errors of law or jurisdiction falling within two categories: breaches of the duty of fairness and arbitrary decision-making.

[87] Three elements of the duty of fairness were said to be breached by the CRTC: (i) the right to have the rates determined by a fair, impartial and open-minded decision maker; (ii) the right to know the case the Cable Carriers had to meet and to put forward their case fully and fairly; and, (iii) the right to receive reasons that met the requirements of the Act and the Cabinet Direction. The appellants also claim the Commission acted arbitrarily by making findings which were not supported by any evidence or which were made without regard to the relevant evidence actually adduced by the Cable Carriers.

[88] After setting out in oral argument the applicable legal frameworks in which breaches of the duty of fairness and arbitrary decision-making are to be considered,

du droit, les câblodistributeurs affirment que le CRTC a manqué aux principes d'équité procédurale, a limité indûment son pouvoir discrétionnaire ou agi arbitrairement à l'égard des facteurs suivants servant à l'établissement des coûts : le facteur de productivité, les taux de croissance du trafic en amont, l'attribution des coûts de fibre de segmentation aux services Internet, les tranches de vitesses, les coûts non recouverts, les facteurs d'utilisation, les installations de fibre de segmentation, les installations de câbles coaxiaux et les coûts de développement annuels.

[85] Les entreprises de téléphonie font également valoir brièvement dans leur mémoire des faits et du droit que le CRTC a fait fi de facteurs pertinents, s'est fondé sur des facteurs non pertinents et a tiré des conclusions sans preuve. Elles allèguent la même erreur à l'égard du facteur de productivité que les câblodistributeurs. Elles énumèrent brièvement d'autres exemples de manquements allégués à l'équité procédurale, mais elles ne les explicitent pas (mémoire des faits et du droit, paragraphes 87 à 92).

[86] Dans leurs observations orales, les câblodistributeurs ont affirmé que les erreurs alléguées étaient des erreurs de droit ou de compétence relevant de deux catégories : les manquements à l'obligation d'équité et les décisions arbitraires.

[87] Il est soutenu que le CRTC aurait manqué à trois éléments de l'obligation d'équité : (i) le droit des câblodistributeurs de voir les tarifs déterminés par un décideur juste, impartial et ouvert d'esprit; (ii) leur droit de connaître les observations auxquelles ils devraient répondre et de faire valoir leurs arguments pleinement et équitablement; (iii) leur droit de recevoir des motifs qui satisfont aux exigences de la Loi et des instructions du Cabinet. Les appelantes soutiennent également que le Conseil a agi arbitrairement en tirant des conclusions qui n'étaient pas étayées par des éléments de preuve ou qui ne tenaient pas compte d'éléments de preuve pertinents véritablement produits par les câblodistributeurs.

[88] Dans leurs observations orales, après avoir établi le cadre juridique applicable dans lequel les manquements à l'obligation d'équité et les décisions arbitraires

the Cable Carriers orally argued that unfairness and arbitrariness were generally present in five cost factors addressed by the CRTC: the productivity factor, upstream traffic growth rates, the attribution of segmentation costs to Internet services, speed-banding and unrecovered costs. The Cable Carriers relied upon their memorandum of fact and law with respect to the remaining cost factors (listed in paragraph 84 above) which were also characterized to be additional examples of breaches of the duty of fairness or arbitrary decision-making. The Bell appellants made no oral submissions on this issue but adopted the submissions of the Cable Carriers.

[89] In the oral argument of the five cost factors, the Cable Carriers did not maintain a clear distinction between their “fairness” arguments and their “arbitrariness” arguments. Their submissions delved deeply into the technical record and the CRTC’s findings, often only loosely tethered to a legally protected right that could be asserted on these appeals.

[90] In my view, nothing turns on the failure to maintain a clear distinction. I have reviewed in detail the submissions made orally and in writing with respect to the nine errors asserted by the Cable Carriers. For the reasons set out below I see no breach of procedural fairness, arbitrary decision-making or disregard of any legitimate expectation as to the conduct of the rate-setting process. The parties knew the issues that were in play and were afforded the opportunity to adduce evidence and make submissions on those issues. The parties’ real complaint is that the Commission rejected their submissions.

[91] I begin my analysis with the five specific errors that were argued orally and will then conclude with the four remaining asserted errors described in the Cable Carrier’s memorandum of fact and law. The issue of the

doivent être examinés, les câblodistributeurs ont soutenu qu’il y avait de manière générale manquement à l’équité et décision arbitraire à l’égard de cinq facteurs d’établissement des coûts pris en considération par le CRTC : le facteur de productivité, les taux de croissance du trafic en amont, l’attribution des coûts de segmentation aux services Internet, les tranches de vitesses et les coûts non recouverts. Les câblodistributeurs se sont appuyés sur leur mémoire des faits et du droit relativement aux autres facteurs d’établissement des coûts (énumérés au paragraphe 84 ci-dessus), qui ont également été qualifiés d’exemples supplémentaires de manquements à l’obligation d’équité ou de décision arbitraire. Les appelantes Bell n’ont pas formulé d’observations orales sur cette question, mais ont souscrit à celles des câblodistributeurs.

[89] Dans leurs observations orales sur les cinq facteurs d’établissement des coûts, les câblodistributeurs n’ont pas maintenu de distinction claire entre leurs observations concernant « l’équité » et « les décisions arbitraires ». Leurs observations portaient sur des éléments pointus du dossier technique et des conclusions du CRTC et souvent n’avaient qu’un vague lien avec un droit garanti par la loi pouvant servir de fondement aux présents appels.

[90] À mon avis, cette absence de distinction claire est sans conséquence. J’ai examiné en détail les observations présentées oralement et par écrit sur les neuf erreurs alléguées par les câblodistributeurs. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d’avis qu’il n’y a pas eu manquement à l’équité procédurale ni décision arbitraire et qu’il n’a pas été fait fi des attentes légitimes quant au déroulement du processus d’établissement des tarifs. Les parties connaissaient les questions en litige et elles ont eu la possibilité de présenter des éléments de preuve et de formuler des observations sur ces questions. En réalité, les parties contestent la décision du Conseil de ne pas souscrire à leurs observations.

[91] Je commence mon analyse en examinant les cinq erreurs qui ont été soulevées dans les observations orales et je la conclurai en examinant les quatre autres erreurs alléguées dans le mémoire des faits et du droit des

adequacy of the Commission's reasons is dealt with separately below.

ii. The productivity factor

[92] The productivity factor, or the annual unit cost change assumption, is used to estimate reductions in per-unit equipment costs due to increases in equipment capacity over the study period (TO 2019-288, paragraph 9; TD 2016-117, paragraph 41). This costing factor is meant to reflect ongoing improvements in productivity that carriers can expect to realize in providing service as a result of communications technology becoming more productive over time (affidavit Lee Bragg, appeal book, tab 137, paragraph 70). The higher the absolute value of the productivity factor, the lower the associated wholesale rates.

[93] In TD 2016-117, the CRTC established an annual productivity factor of minus 26.4 percent. The Cable Carriers assert that this was based on data "from a comprehensive Report published in 2011 by the Dell'Oro Group, an independent market analysis and research firm for the telecommunications industry" (memorandum of fact and law, paragraph 22). At that time, the CRTC is said to have described the Dell'Oro Group as a "reliable source of data from which to determine a revised annual unit cost" (TD 2016-117, paragraph 58 referring to a report which relied upon the Dell'Oro Group data). Subsequent to TD 2016-117, the Dell'Oro Group published updated productivity factors in reports issued in 2016 and 2017. During the rate-setting process that led to the decision at issue, Rogers proposed a productivity factor of minus 9 percent based on the Dell'Oro Group's 2017 report; four other Cable Carriers proposed a productivity factor of minus 17 percent based on the Group's 2016 report.

câblodistributeurs. La question de savoir si le Conseil a présenté des motifs adéquats est examinée séparément plus loin.

ii. Le facteur de productivité

[92] Le facteur de productivité, ou l'hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires, sert à estimer les réductions du coût unitaire de l'équipement attribuables à l'augmentation de la capacité de l'équipement au cours de la période visée par l'étude (l'OT 2019-288, paragraphe 9; DT 2016-117, paragraphe 41). Ce facteur d'établissement du coût vise à tenir compte de l'accroissement constant de la productivité auquel les fournisseurs peuvent s'attendre dans la fourniture de services du fait que les technologies de communication deviennent plus productives avec le temps (affidavit de Lee Bragg, dossier d'appel, onglet 137, paragraphe 70). Plus la valeur absolue du facteur de productivité est élevée, moins les tarifs de gros associés sont élevés.

[93] Dans la DT 2016-117, le CRTC a établi un facteur de productivité annuelle de moins 26,4 p. 100. Les câblodistributeurs affirment que ce résultat était fondé sur des données [TRADUCTION] « provenant d'un rapport complet publié en 2011 par le groupe Dell'Oro, une société indépendante d'analyses du marché et d'études de marché pour l'industrie des télécommunications » (mémoire des faits et du droit, paragraphe 22). À l'époque, le CRTC aurait dit du groupe Dell'Oro qu'il constituait « une source de données fiable pour modifier l'hypothèse d'une variation annuelle du coût unitaire » (DT 2016-117, paragraphe 58, au sujet d'un rapport fondé sur les données du groupe Dell'Oro). Après la DT 2016-117, le groupe Dell'Oro a publié des facteurs de productivité actualisés dans des rapports publiés en 2016 et 2017. Lors du processus d'établissement des tarifs qui a conduit à la décision visée en l'espèce, Rogers a proposé un facteur de productivité de moins 9 p. 100 fondé sur le rapport de 2017 du groupe Dell'Oro; quatre autres câblodistributeurs ont proposé un facteur de productivité de moins 17 p. 100 fondé sur le rapport de 2016 du groupe Dell'Oro.



## (a) The appellants' submissions

[94] The Cable Carriers argue that in TO 2019-288 the CRTC refused to consider this updated information. Instead, they submit that the CRTC “adhered rigidly to the minus 26.4% productivity factor that it had established previously ... based on data from the now-seriously outdated 2011 Dell’Oro Group Report.” The Cable Carriers submit that the CRTC provided no meaningful explanation “for preferring obsolete data” and unjustifiably criticized the Cable Carriers for relying on the updated data, stating that the Cable Carriers had “selectively chosen data from third-party reports ... instead of relying on company-specific information” (memorandum of fact and law, paragraphs 24 to 25; TO 2019-288, paragraph 21).

## (b) Context

[95] I begin by providing some important context, particularly the Commission’s earlier decision in TD 2016-117. In this decision the Commission cited the argument advanced by the Canadian Network Operators Consortium Inc. (CNOc) that unit costs had been declining more rapidly than accounted for by the Commission’s then current assumed productivity rate of minus 10 percent, and that a rate of minus 26.4 percent was appropriate. CNOc relied upon two reports to demonstrate this point. One of the reports was a report prepared by J. Scott Marcus [*The Economic Impact of Internet Traffic Growth on Network Operators*, October 24, 2014], referred to as the Scott Report (TD 2016-117, paragraph 48). The Commission determined that the Scott Report constituted a reliable source of data from which to determine a revised productivity factor (TD 2016-117, paragraph 58). The Commission determined that the productivity factor should be changed to minus 26.4 percent (TD 2016-117, paragraph 63). While the Scott Report was prepared using data from the Dell’Oro Group, it is not accurate to state that the Commission’s determination of the productivity factor was based on the report of the Dell’Oro Group.

## a) Les observations des appelantes

[94] Les câblodistributeurs affirment que, dans l’OT 2019-288, le CRTC a refusé de prendre en compte ces renseignements actualisés. Ils soutiennent que le CRTC a plutôt [TRADUCTION] « adhéré de manière rigide au facteur de productivité de moins 26,4 % qu’il avait établi précédemment [...] en fonction des données du rapport de 2011 du groupe Dell’Oro, qui est aujourd’hui vraiment désuet ». Les câblodistributeurs soutiennent que le CRTC n’a fourni aucune explication valable [TRADUCTION] « pour avoir privilégié des données désuètes » et a reproché de manière injustifiée aux câblodistributeurs de se fonder sur les données actualisées en affirmant que les câblodistributeurs avaient « sélectivement choisi des données extraites de rapports préparés par des tiers [...] au lieu de faire appel à des données propres à leur compagnie » (mémoire des faits et du droit, paragraphes 24 à 25; OT 2019-288, paragraphe 21).

## b) Le contexte

[95] Commençons par une mise en contexte importante, plus précisément par la décision antérieure du Conseil DT 2016-117. Dans cette décision, le Conseil a fait référence à l’argument avancé par le Consortium des opérateurs de réseaux canadiens (le CORC) selon lequel les coûts unitaires avaient diminué plus rapidement que ce dont tenait compte le facteur de productivité de moins 10 p. 100 appliqué par le Conseil à l’époque et qu’un facteur de moins 26,4 p. 100 était indiqué. Le CORC s’était fondé sur deux rapports pour étayer son argument. L’un de ces rapports était celui préparé par J. Scott Marcus [*The Economic Impact of Internet Traffic Growth on Network Operators*, 24 octobre 2014], appelé le rapport Scott (DT 2016-117, paragraphe 48). Le Conseil a déterminé que le rapport Scott constituait une source fiable de données à partir desquelles il était possible de déterminer un facteur de productivité révisé (DT 2016-117, paragraphe 58). Le Conseil a déterminé que le facteur de productivité devait être modifié et fixé à moins 26,4 p. 100 (DT 2016-117, paragraphe 63). Bien que le rapport Scott ait été préparé à partir des données du groupe Dell’Oro, il n’est pas exact d’affirmer que le Conseil a établi le facteur de productivité en se fondant sur le rapport du groupe Dell’Oro.

[96] As explained above, the Commission concluded its reasons in TD 2016-117 by reiterating that it had modified the rate-setting approach, adopted new assumptions for annual traffic growth and annual unit cost change, and changed the length of the study period for cost studies. The nature and scope of these changes indicated to the Commission that current wholesale HSA service rates were likely not just and reasonable (TD 2016-117, paragraph 104). Therefore, the Commission made interim all wholesale HSA service rates that were then approved on a final basis. All wholesale HSA service providers were directed to file new tariff applications reflecting the Commission's determinations (TD 2016-117, paragraphs 105 and 106).

[97] On March 31, 2016 (the same day TD 2016-117 was issued) the Commission wrote to wholesale HSA service providers advising that the cost studies to be filed pursuant to TD 2016-117 were "to contain the detailed cost information outlined in the Commission staff letter dated 13 September 2013." Both the September 13, 2013 letter and the detailed cost information requirements were attached to the Commission's letter of March 31, 2016 [*Telecom Procedural Letter Addressed to Distribution List* (31 March 2016)].

[98] The cost studies submitted in response to TD 2016-117 were considered by the Commission in TO 2016-396 and TO 2016-448. At paragraphs 21 and 22 of TO 2016-396 the Commission referred to its letter of March 31, 2016 and expressed "significant concern that most wholesale HSA service providers chose to disregard Commission staff's guidance, the [Regulatory Economic Studies] Manual, and relevant past Commission determinations." To ensure that the interim rates were based on proper costing principles and reasonable costs the Commission made adjustments to the proposed costs before it, including adjustments to the annual unit cost change assumption for two carriers. The adjustments applied an annual unit cost change assumption of minus 26.4 percent (TO 2016-396, paragraph 23 and Appendix 2). The Commission approved monthly rates

[96] Comme il est expliqué plus haut, le Conseil a conclu ses motifs dans la DT 2016-117 en répétant qu'il avait modifié la méthode de tarification, qu'il avait adopté de nouvelles hypothèses concernant la croissance annuelle du trafic et la variation annuelle des coûts unitaires et qu'il avait modifié la durée de la période visée par les études de coûts. Selon le Conseil, la nature et la portée de ces changements montraient que les tarifs actuels des services d'AHV de gros n'étaient probablement pas justes et raisonnables (DT 2016-117, paragraphe 104). Par conséquent, le Conseil a fixé à titre provisoire tous les tarifs des services d'AHV de gros, qui ont ensuite été approuvés de manière définitive. Les fournisseurs de services d'AHV de gros ont été invités à déposer de nouvelles demandes tarifaires tenant compte des conclusions du Conseil (DT 2016-117, paragraphes 105 et 106).

[97] Le 31 mars 2016 (le même jour qu'a été rendue la DT 2016-117), le Conseil a écrit aux fournisseurs de services d'AHV de gros pour les informer que les études de coûts à déposer en application de la DT 2016-117 « doivent contenir les informations détaillées des coûts décrites dans la lettre du personnel du Conseil en date du 13 septembre 2013 ». La lettre du 13 septembre 2013 et les exigences à l'égard des informations détaillées sur les coûts ont été jointes à la lettre du Conseil du 31 mars 2016 [*Télécom lettre procédurale adressée à la liste de Distribution* (31 mars 2016)].

[98] Les études de coûts déposées en réponse à la DT 2016-117 ont été examinées par le Conseil dans l'OT 2016-396 et l'OT 2016-448. Aux paragraphes 21 et 22 de l'OT 2016-396, le Conseil a fait référence à sa lettre du 31 mars 2016 et s'est dit « très préoccupé par le fait que la plupart des fournisseurs de services AHV de gros ont choisi de ne pas tenir compte des directives du personnel du Conseil, du Manuel [d'études économiques réglementaires] et des décisions pertinentes déjà prises par le Conseil ». Pour s'assurer que les tarifs provisoires étaient fondés sur des principes judiciaires d'établissement des coûts et des coûts raisonnables, le Conseil a procédé à des rajustements des coûts proposés dont il était saisi, notamment des rajustements à l'hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires pour deux entreprises. Les rajustements consistaient notamment en

on an interim basis. The establishment of final rates was to be based on a full review and assessment of the relevant cost inputs and costing methodologies (TO 2016-396, paragraph 26).

[99] Parenthetically, I note that the reference to a “Manual” is a reference to regulatory manuals prepared by telecommunications service providers and approved by the CRTC. The various manuals describe the basic framework for conducting regulatory economic studies and contain general and company-specific information and procedures to be used in calculating the incumbents’ service costs. While originally developed for use by the ILECs, the manuals have been consistently applied to the Cable Carriers (see, for example, *Regulatory Economic Studies Manuals – Follow-up proceeding to Telecom Decision 2008-14* (25 August 2008), Telecom Order CRTC 2008-237, (TO 2008-237), paragraph 1, footnote 1).

[100] In respect of “Productivity Improvement Factors”, the Manual notes that a regulatory economic study must reflect the impact of productivity changes over the study period in recognition of anticipated operational process improvements. When a company has information about the productivity associated with a particular cost element, this specific level of productivity is to be used and identified in a regulatory economic study. When a company has insufficient information about the productivity associated with a particular cost element, the company may use its corporate average productivity improvement factors.

[101] On December 16, 2016, after the issuance of TO 2016-396, the Commission again wrote wholesale HSA service providers advising that in “order for the Commission to approve the wholesale HSA service tariff applications on a final basis, it is necessary for the companies to re-file cost studies in the context of their

l’application d’une hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires de moins 26,4 p. 100 (l’OT 2016-396, paragraphe 23 et annexe 2). Le Conseil a approuvé les tarifs mensuels à titre provisoire. L’établissement des tarifs définitifs devait être fondé sur un examen et une évaluation complets des éléments de coût et des méthodes de calcul des coûts pertinents (l’OT 2016-396, paragraphe 26).

[99] Entre parenthèses, je note que le renvoi au « Manuel » est une référence aux manuels de réglementation préparés par les fournisseurs de services de télécommunications et approuvés par le CRTC. Les différents manuels décrivent le cadre de base pour la réalisation d’études économiques réglementaires et contiennent des renseignements généraux et propres aux entreprises ainsi que les procédures à utiliser pour calculer les coûts des services des entreprises titulaires. Bien qu’ils aient été élaborés à l’origine pour être utilisés par les ESLT, les manuels ont régulièrement été appliqués aux câblodistributeurs (voir, par exemple, *Manuels d’études économiques réglementaires – Instance de suivi de la décision de télécom 2008-14* (25 août 2008), Ordonnance de télécom CRTC 2008-237 (l’OT 2008-237), paragraphe 1, note de bas de page 1).

[100] Au sujet des « facteurs de productivité », le manuel indique qu’une étude économique réglementaire doit tenir compte de l’incidence des changements de productivité au cours de la période d’étude afin que soient prises en considération les améliorations prévues des processus opérationnels. Lorsque l’entreprise dispose de renseignements sur la productivité associée à un élément de coût particulier, ce niveau de productivité précis doit être utilisé et défini dans une étude économique réglementaire. Lorsque l’entreprise ne dispose pas de renseignements suffisants sur la productivité associée à un élément de coût particulier, elle peut utiliser ses facteurs de productivité moyenne.

[101] Le 16 décembre 2016, après qu’a été prononcée l’OT 2016-396, le Conseil a de nouveau écrit aux fournisseurs de services d’AHV de gros afin de les informer que, « [p]our que le Conseil approuve définitivement une demande de modification tarifaire de services AHV de gros, il est nécessaire que les entreprises déposent à

related tariff applications” [*Telecom Procedural Letter Addressed to Distribution List* (16 December 2016)]. Such cost studies were to abide by the principles and methodologies outlined in the Manual, abide by previous applicable Commission determinations and include all of the information in the prescribed format as identified in the Commission’s letter of March 31, 2016. Any request for deviation from a past Commission determination contained in those items was to be accompanied by a detailed rationale for the request, with supporting evidence. In the absence of supporting rationale and evidence, “Commission staff will be guided by the Commission’s adjustments identified in Telecom Order CRTC 2016-396.”

[102] On March 2, 2018, the Commission wrote wholesale HSA service providers requesting responses to attached requests for information. For example, Rogers was contacted with respect to its proposed annual capital unit cost change assumption which differed from the minus 26.4 percent annual capital unit cost change assumption approved by the Commission. Rogers was requested to explain “with supporting rationale why the company has not relied on company-specific information to estimate and propose the annual capital unit cost change assumption”. If Rogers intended to propose a company-specific annual capital cost unit change assumption, it was to provide actual company-specific information.

[103] Rogers responded that its opposition to the annual capital unit cost change assumption of minus 26.4 percent was based upon “the very data used to inform the Commission’s original decision”. Rogers advised that it had purchased a recent version of what it referred to as the data set entitled the “2017 Dell’Oro” Report. Rogers restated its opinion that an assumption that the annual capital unit cost change of minus 26.4 percent was inappropriate. Rogers did not respond to the request that it provide company-specific information to support a proposed company-specific annual capital unit cost change assumption. It simply repeated why it proposed

nouveau une étude de coûts dans le cadre de leur demande tarifaire connexe » [*Télécom lettre procédurale adressée à la liste de Distribution* (16 décembre 2016)]. Ces études de coûts devaient respecter les principes et les méthodes décrits dans le manuel, se conformer aux décisions antérieures applicables du Conseil et inclure tous les renseignements dans la forme prescrite dans la lettre du Conseil du 31 mars 2016. Toute demande de dérogation à une des décisions antérieures du Conseil visées par ces exigences devait être accompagnée d’une justification détaillée et d’éléments de preuve à l’appui. Faute de justification et d’éléments de preuve à l’appui, « le personnel du Conseil sera guidé par les rajustements du Conseil énoncés dans l’Ordonnance de télécom CRTC 2016-396 ».

[102] Le 2 mars 2018, le Conseil a écrit aux fournisseurs de services d’AHV de gros pour leur demander de répondre aux demandes de renseignements en pièces jointes. Par exemple, le Conseil a communiqué avec Rogers au sujet de son hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations qui différait de l’hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations de moins 26,4 p. 100 approuvée par le Conseil. On a demandé à Rogers d’expliquer, [TRADUCTION] « avec justification à l’appui, pourquoi l’entreprise ne s’est pas fondée sur des renseignements propres à l’entreprise pour estimer et proposer l’hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations ». Si Rogers avait l’intention de proposer une hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations propre à l’entreprise, elle devait fournir des renseignements véritablement propres à l’entreprise.

[103] Rogers a répondu que son opposition à l’hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations de moins 26,4 p. 100 était fondée sur [TRADUCTION] « les données mêmes qui ont servi à étayer la décision initiale du Conseil ». Rogers a affirmé avoir acheté une version récente de ce qu’elle a appelé l’ensemble de données qu’est le rapport [TRADUCTION] « Dell’Oro de 2017 ». Rogers a réitéré son opinion selon laquelle l’hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations de moins 26,4 p. 100 ne convenait pas. Rogers n’a pas répondu à la demande qui lui a été faite de fournir des renseignements propres à

an annual capital cost change assumption which differed from minus 26.4 percent and insisted that the CRTC accept the information it had provided.

(c) The Commission's reasons

[104] With this extensive background I now turn to the Commission's reasons; the material parts are found at paragraphs 21 and 24 [TO 2019-288]:

The Commission notes that the ILECs (with the exception of SaskTel and TCI) and cable carriers have selectively chosen data from third-party reports (i.e. the Dell'Oro Router Reports) to estimate company-specific annual capital unit cost change assumptions for use in their cost studies, instead of relying on company-specific information. Given that the wholesale HSA service providers are sophisticated network operators, it is reasonable to expect that they have detailed company-specific equipment prices and capacities for traffic-driven equipment that they acquire on an annual basis. Accordingly, the Commission determines that the approach adopted by these ILECs and cable carriers is not appropriate since it is not consistent with the general use of company-specific data in regulatory cost studies.

...

In light of the above, the Commission determines that the previously approved annual capital unit cost change assumption of minus 26.4% continues to be a reasonable estimate for the annual capital unit cost change assumption for all traffic-driven equipment and should be applied accordingly to all wholesale HSA service providers' cost studies.

l'entreprise qui justifieraient une hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations propre à l'entreprise. Elle a simplement répété pourquoi elle proposait une hypothèse de variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations qui diffèrait de moins 26,4 p. 100 et a insisté pour que le CRTC retienne les renseignements qu'elle avait fournis.

c) Les motifs du Conseil

[104] Le contexte détaillé étant posé, je me penche maintenant sur les motifs du Conseil. Les passages importants se trouvent aux paragraphes 21 et 24 [l'OT 2019-288] :

Le Conseil a fait remarquer que les ESLT (exception faite de SaskTel et de TCI) et les entreprises de câblodistribution ont sélectivement choisi des données extraites de rapports préparés par des tiers (tels que les rapports *Router Report* du Dell'Oro Group) pour estimer les hypothèses d'une variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations propres à une compagnie à utiliser dans leurs études de coûts, au lieu de faire appel à des données propres à leur compagnie. Étant donné que les fournisseurs de services AHV de gros sont des opérateurs de réseaux sophistiqués, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'ils aient des renseignements détaillés et propres à leur compagnie concernant leurs tarifs et leur capacité pour ce qui est de l'équipement lié au trafic dont ils font l'acquisition sur une base annuelle. Par conséquent, le Conseil détermine que l'approche adoptée par ces ESLT et les entreprises de câblodistribution n'est pas appropriée puisqu'elle n'est pas conforme à l'usage général de données propres à l'entreprise dans les études de coûts réglementaires.

[...]

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil détermine que l'hypothèse d'une variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations précédemment approuvée de moins 26,4 % demeure une estimation raisonnable en ce qui concerne l'hypothèse d'une variation annuelle des coûts unitaires des immobilisations pour l'ensemble de l'équipement lié au trafic, et qu'elle devrait ainsi être appliquée à toutes les études de coûts des fournisseurs de services AHV de gros.

## (d) Analysis

[105] As stated previously in these reasons, the issue before this Court is not the correctness or reasonableness of a productivity factor of minus 26.4 percent. The sole issues are whether the Cable Carriers' right to procedural fairness was breached when the Commission selected this productivity factor or whether the Commission arbitrarily, without explanation, preferred obsolete data.

[106] The Cable Carriers have not demonstrated any procedural unfairness or arbitrariness. In circumstances where:

- i. in TD 2016-117 the Commission commented on the lack of evidence supporting proposed productivity factors (TD 2016-117, paragraph 53);
- ii. the Commission then sought detailed cost information in the cost studies to be filed in response to TD 2016-117;
- iii. the Commission expressed significant concern in TO 2016-396 at the lack of proper costing information, notwithstanding staff guidance and the provisions of the Manual, and continued to apply a productivity factor of minus 26.4 percent;
- iv. the Manual requires company-specific information about the impact of productivity changes;
- v. the Commission provided further guidance in its letter of December 16, 2016 as to the specific information required in the cost studies and stated that any request for a deviation from a past Commission determination was to include a detailed rationale for the deviation and supporting evidence; and

## d) Analyse

[105] Comme il est indiqué plus haut dans les présents motifs, la question dont la Cour est saisie n'est pas de savoir si le facteur de productivité de moins 26,4 p. 100 est correct ou raisonnable. Les seules questions à trancher sont celles de savoir s'il y a eu violation du droit à l'équité procédurale des câblodistributeurs lorsque le Conseil a choisi ce facteur de productivité et de savoir si le Conseil a arbitrairement, sans explication, préféré des données désuètes.

[106] Les câblodistributeurs n'ont pas prouvé qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale ni décision arbitraire. Compte tenu des circonstances suivantes :

- i. dans la DT 2016-117, le Conseil a formulé des observations sur le manque d'éléments de preuve à l'appui des facteurs de productivité proposés (DT 2016-117, paragraphe 53);
- ii. le Conseil a ensuite demandé que soient inclus des renseignements détaillés sur les coûts dans les études de coûts devant être déposées en réponse à la DT 2016-117;
- iii. le Conseil a exprimé dans l'OT 2016-396 sa grande préoccupation quant au manque de renseignements appropriés sur les coûts, malgré les directives du personnel et les dispositions du Manuel, et a continué à appliquer un facteur de productivité de moins 26,4 p. 100;
- iv. le Manuel exige des renseignements propres aux entreprises sur l'incidence des changements de productivité;
- v. le Conseil a fourni des lignes directrices supplémentaires dans sa lettre du 16 décembre 2016 en ce qui concerne les renseignements précis devant figurer dans les études de coûts et a déclaré que toute demande de dérogation à une décision antérieure du Conseil devait inclure une justification détaillée et des éléments de preuve à l'appui;



- vi. the Commission again requested company-specific information in its information request of March 2, 2018;

there is no procedural unfairness or arbitrariness.

[107] The Commission sought company-specific information, and gave clear and fair warning of the consequence that would follow from a failure to provide such information or a rationale for a deviation that was accompanied by supporting evidence. Reading the reasons in the light of the record, the explanation for the Commission's use of a productivity factor of minus 26.4 percent is clear. It wished company-specific information, not third-party data.

[108] As the record shows, the Cable Carriers had the opportunity to submit the requested information. The choice to require company-specific information may not have been what the Cable Carriers wanted, but the CRTC may select any method it considers appropriate when setting rates (Act, subsection 27(5)).

[109] The Cable Carriers chose not to provide the requested information and now complain that they were not accorded fair process. This argument has no merit; the Cable Carriers were given a fair process, which they chose not to follow. In substance, the Cable Carriers object to the reasonableness of the productivity factor determined by the Commission. This is not a question of law or jurisdiction properly before the Court.

- iii. Upstream traffic growth rates

[110] Growth rates in peak period Internet traffic are used to forecast peak period traffic; in turn, peak period traffic is used to estimate the facilities that will be required to provide service over a study period (TO 2019-288, paragraph 162). Lower growth traffic rates produce lower wholesale rates.

- vi. le Conseil a de nouveau demandé des renseignements propres aux entreprises dans sa demande de renseignements du 2 mars 2018;

il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale ni décision arbitraire.

[107] Le Conseil a demandé des renseignements propres à l'entreprise et a donné un avertissement clair et juste des conséquences qui découleraient de l'omission de fournir ces renseignements ou une justification à une dérogation accompagnée d'éléments de preuve. Si on interprète les motifs à la lumière du dossier, l'explication fournie par le Conseil sur son utilisation d'un facteur de productivité de moins 26,4 p. 100 est claire. Il demandait des renseignements propres aux entreprises, et non des données de tiers.

[108] Selon le dossier, les câblodistributeurs ont eu la possibilité de présenter les renseignements demandés. Le choix d'exiger des renseignements propres aux entreprises n'était peut-être pas celui que les câblodistributeurs souhaitaient, mais le CRTC peut choisir la méthode qu'il estime appropriée pour fixer les tarifs (paragraphe 27(5) de la Loi).

[109] Les câblodistributeurs ont choisi de ne pas fournir les renseignements demandés et se plaignent maintenant qu'ils n'ont pas eu droit à une procédure équitable. Cet argument est sans fondement; les câblodistributeurs se sont fait offrir une procédure équitable, mais ils ont choisi de ne pas suivre cette procédure. Essentiellement, les câblodistributeurs contestent le caractère raisonnable du facteur de productivité établi par le Conseil. Il ne s'agit pas d'une question de droit ou de compétence dont notre Cour peut être saisie.

- iii. Le taux de croissance du trafic en amont

[110] Les taux de croissance du trafic Internet en période de pointe sont utilisés pour prévoir le trafic en période de pointe, puis le trafic en période de pointe est utilisé pour estimer quelles seront les installations nécessaires pour assurer le service durant une période d'étude (l'OT 2019-288, paragraphe 162). Des taux de croissance du trafic plus faibles entraînent des tarifs de gros plus bas.

## (a) The appellants' submissions

[111] The Cable Carriers submit that in TD 2016-117, the CRTC directed them to use: (i) a growth rate for the first two years of the study period that reflected historical levels of Internet traffic; and, (ii) a growth rate of 32 percent for the remainder of the study period. They say that both Rogers and Cogeco followed “this mandated approach in preparing their cost studies.” However, they submit that in the decision under appeal the CRTC “declined to follow the approach that it had previously and specifically prescribed” (memorandum of fact and law, paragraphs 54 and 55). Instead, the CRTC selected the growth rate from the most recent year in which historical data was available and applied that rate over the entirety of the study period.

[112] The Cable Carriers say that by relying on what they assert is the lowest annual growth rate experienced by these companies over the past five years, the CRTC artificially depressed the wholesale rates payable by resellers to Rogers and Cogeco. They submit that the CRTC provided no notice to the Cable Carriers of its intention to abandon the approach it had “mandated” only three years earlier. In their submission, the CRTC ignored the evidence it had directed would be determinative while at the same time denying Rogers and Cogeco the opportunity to file additional evidence or make submissions on the issue (memorandum of fact and law, paragraphs 55 and 56). They say that they had a legitimate expectation that the Commission would follow its previous methodology.

## (b) Context

[113] Again, I begin my analysis with TD 2016-117. In this decision the Commission:

- i. described its approach, set out in TD 2006-77 and in TRPs 2011-703 and 2011-704, in which it applied to the first two years of a study period traffic growth rates per retail end-user consistent with

## a) Les observations des appelantes

[111] Les câblodistributeurs font valoir que, dans la DT 2016-117, le CRTC leur a ordonné d'utiliser : (i) un taux de croissance pour les deux premières années de la période d'étude qui représente les niveaux historiques du trafic Internet et (ii) un taux de croissance de 32 p. 100 pour le reste de la période d'étude. Ils soutiennent que Rogers et Cogeco ont tous deux suivi [TRADUCTION] « cette méthode obligatoire pour préparer leurs études de coûts ». Cependant, ils soutiennent que, dans la décision visée par le présent appel, le CRTC [TRADUCTION] « a refusé d'utiliser la méthode qu'il avait précédemment et expressément prescrite » (mémoire des faits et du droit, paragraphes 54 et 55). Le CRTC a plutôt choisi le taux de croissance de l'année la plus récente pour laquelle des données historiques étaient disponibles et a appliqué ce taux à l'ensemble de la période d'étude.

[112] Les câblodistributeurs affirment qu'en s'appuyant sur ce qui, selon eux, constitue le taux de croissance annuelle le plus bas enregistré par ces entreprises au cours des cinq dernières années, le CRTC a artificiellement fait baisser les tarifs de gros que doivent payer les revendeurs à Rogers et à Cogeco. Ils soutiennent que le CRTC n'a donné aucun préavis aux câblodistributeurs de son intention d'abandonner la méthode qu'il avait rendue « obligatoire » seulement trois ans auparavant. Selon leurs observations, le CRTC n'a pas tenu compte des éléments de preuve qui, d'après ses directives, serviraient de fondement à sa décision, tout en refusant à Rogers et à Cogeco la possibilité de déposer des éléments de preuve supplémentaires ou de formuler des observations sur la question (mémoire des faits et du droit, paragraphes 55 et 56). Ils soutiennent qu'ils s'attendaient légitimement à ce que le Conseil suive sa méthode antérieure.

## b) Le contexte

[113] Là encore, je commence mon analyse en me penchant sur la DT 2016-117. Dans cette décision, le Conseil :

- i. a décrit sa méthode, établie dans la DT 2006-77 et dans les PRT 2011-703 et 2011-704, par laquelle il applique aux deux premières années de la période d'étude des taux de croissance du trafic

- historical levels, followed by a constant annual growth rate assumption for the remaining period of the cost study. Most recently, a constant growth rate of 20 percent had been applied by the Commission (TD 2016-117, paragraphs 27, 28 and 39);
- ii. explained that both wholesale HSA service providers and the Internet service providers agreed that annual Internet traffic had been growing at a rate greater than the Commission's then current annual traffic growth assumption of 20 percent. However, the Internet traffic growth rate estimates submitted to the CRTC varied considerably, with the highest estimate being more than double the lowest estimate (TD 2016-117, paragraph 29);
- iii. noted that both Shaw and CNOC referred to the Cisco Systems, Inc. Visual Networking Index White Paper which provided a growth forecast for Internet traffic in Canada, and which indicated that peak period Internet traffic would grow, from 2014 to 2019, at a compound annual growth rate of 32 percent (TD 2016-117, paragraphs 30 and 31);
- iv. noted that no intervener refuted the validity of the Cisco White Paper (TD 2016-117, paragraph 37);
- v. found that the Cisco White Paper used sound methodology and provided a proper and principled basis for determining a Canada-wide Internet traffic growth forecast (TD 2016-117, paragraph 38); and,
- vi. determined that in the cost studies to be submitted in support of proposed new wholesale HSA service rates, all wholesale HSA service providers were to include, in the first two years of the study period, annual traffic growth rates per retail end-user consistent with historical levels, followed by a constant growth rate of 32 percent for
- par utilisateur final de détail conformes aux niveaux historiques et, aux années subséquentes de la période visée par l'étude de coûts, une hypothèse de taux de croissance annuelle constante. Récemment, le Conseil avait appliqué un taux de croissance constant de 20 p. 100 (DT 2016-117, paragraphes 27, 28 et 39);
- ii. a expliqué que les fournisseurs de services d'AHV en gros et les fournisseurs de services Internet s'accordaient à dire que le trafic Internet annuel avait augmenté à un rythme supérieur à l'hypothèse de croissance annuelle du trafic de 20 p. 100 alors retenue par le Conseil. Toutefois, les estimations du taux de croissance du trafic Internet présentées au CRTC variaient considérablement, l'estimation la plus élevée correspondant à plus du double de l'estimation la plus basse (DT 2016-117, paragraphe 29);
- iii. a noté que Shaw et le CORC ont tous deux fait référence à l'étude « Visual Networking Index » de Cisco Systems, Inc., qui donne une prévision de croissance du trafic Internet au Canada et qui indique que le trafic Internet en période de pointe croîtrait, de 2014 à 2019, selon un taux annuel composé de 32 p. 100 (DT 2016-117, paragraphes 30 et 31);
- iv. a noté qu'aucun intervenant n'avait réfuté la validité de l'étude de Cisco (DT 2016-117, paragraphe 37);
- v. a conclu que l'étude de Cisco reposait sur une méthodologie solide et constituait une base adéquate et fondée sur des principes pour établir des prévisions sur la croissance du trafic Internet à l'échelle du Canada (DT 2016-117, paragraphe 38);
- vi. a déterminé que, dans les études de coûts devant être déposées à l'appui des nouveaux tarifs proposés pour les services d'AHV de gros, tous les fournisseurs de services d'AHV de gros devaient utiliser, pour les deux premières années de la période d'étude, des taux de croissance annuelle du trafic par utilisateur final de détail conformes aux

each of the remaining years of the study period (TD 2016-117, paragraph 40).

[114] I pause here to make two observations. First, the parties' submissions and the Commission's determination was premised on the view that the annual growth rate of Internet traffic had increased significantly (see, particularly, the fourth paragraph of the preamble to TD 2016-117) so that the assumption of 20 percent annual traffic growth was no longer appropriate. Based on the evidence, the CRTC updated the assumed rate of growth but did not revisit the structure of its formula. Second, contrary to the submissions of the Cable Carriers, in this decision the CRTC neither set rates nor mandated any particular rate outcome.

[115] Rogers and Cogeco state that they followed the Commission's direction when preparing and submitting their cost studies in support of proposed new wholesale HSA service rates.

[116] However, contrary to the Commission's understanding at the time of TD 2016-117, Rogers' and Cogeco's historical annual peak period upstream traffic growth rates had been declining, not increasing.

(c) The Commission's reasons

[117] Faced with that fact, in TO 2019-288 the Commission concluded that it was not reasonable to expect that annual peak period upstream traffic would increase over the cost study period to the levels proposed by Rogers and Cogeco. In light of the actual declining growth rates, "and having regard to the record before it", the Commission applied the most recent year's values from Rogers' and Cogeco's respective historical annual peak period upstream traffic growth rates as the growth rate to be applied in each year of their cost studies (TO 2019-288, paragraph 168).

niveaux historiques, puis un taux de croissance constante de 32 p. 100 pour chacune des années subséquentes de la période d'étude (DT 2016-117, paragraphe 40).

[114] Je m'arrête ici pour faire deux observations. Premièrement, les observations des parties et la conclusion du Conseil reposaient sur l'idée que le taux de croissance annuelle du trafic Internet avait considérablement augmenté (voir, en particulier, le quatrième paragraphe du préambule de la DT 2016-117), de sorte que l'hypothèse d'une croissance annuelle de 20 p. 100 du trafic ne convenait plus. Compte tenu des éléments de preuve, le CRTC a actualisé le taux de croissance de son hypothèse, mais n'a pas revu la structure de sa formule. Deuxièmement, contrairement à ce que soutiennent les câblodistributeurs, dans cette décision, le CRTC n'a ni fixé de tarifs ni imposé de résultat tarifaire particulier.

[115] Rogers et Cogeco affirment avoir suivi les instructions du Conseil lorsqu'elles ont préparé et présenté leurs études de coûts à l'appui des nouveaux tarifs proposés pour les services d'AHV de gros.

[116] Toutefois, contrairement à ce que le Conseil avait compris à l'époque où il a rendu la DT 2016-117, les taux historiques de croissance annuelle du trafic en amont en période de pointe de Rogers et de Cogeco avaient diminué et non augmenté.

c) Les motifs du Conseil

[117] Étant donné ce fait, le Conseil a conclu dans l'OT 2019-288 qu'il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que le trafic annuel en amont en période de pointe augmente pendant la période visée par l'étude de coûts pour atteindre les niveaux avancés par Rogers et Cogeco. Compte tenu de la baisse réelle des taux de croissance, « et du dossier dont il est saisi », le Conseil a retenu les valeurs de l'année la plus récente des taux historiques annuels de croissance du trafic en amont en période de pointe de Rogers et de Cogeco respectivement comme taux de croissance à appliquer pour chaque année de leurs études de coûts (l'OT 2019-288, paragraphe 168).

## (d) Analysis

[118] Again, I see no procedural unfairness. The 32 percent growth rate set in TD 2016-117 was a substantive finding of the CRTC, which was revised in TO 2019-288 in the face of new evidence. As the doctrine of legitimate expectation protects procedural, not substantive expectations (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 97), neither Rogers nor Cogeco could have any enforceable reasonable expectation that rates would be set on the basis of an assumed 32 percent annual growth rate.

[119] Further, both Rogers and Cogeco must be assumed to have understood the express premise of TD 2016-117 and to have known that their historical annual peak period upstream traffic growth rates had been declining. Armed with that knowledge they were able to make informed submissions to the Commission on an appropriate rate. The fact that the Commission rejected those submissions does not amount to a breach of procedural fairness.

## iv. Attribution of segmentation costs

[120] Segmentation facilities include segmentation fibre and optical nodes. These facilities transport various services such as Internet and television (TO 2019-288, paragraph 119) and voice calling. In *Cogeco, Rogers, Shaw and Videotron – Third party internet access service rates* (21 December 2006), Telecom Decision CRTC 2006-77 (TD 2006-77), the Commission determined that 75 percent of the proposed all-carrier node segmentation capital costs would be attributed to wholesale HSA and retail Internet services. This recognized that these facilities were used for other Cable Carrier services, not just Internet services (TO 2019-288, paragraph 136; TD 2006-77, paragraphs 92 and 93). The Commission reached this decision notwithstanding the submissions of the Cable Carriers that high-speed Internet access was the sole driver of node segmentation (TD 2006-77, paragraphs 84 to 88, 90 to 91).

## d) Analyse

[118] Une fois de plus, je ne constate aucun manquement à l'équité procédurale. Le taux de croissance de 32 p. 100 fixé dans la DT 2016-117 était une conclusion de fond du CRTC, qui a été révisée dans l'OT 2019-288 à la lumière de nouveaux éléments de preuve. Comme la théorie de l'attente légitime protège les attentes en matière de procédure et non les attentes concernant le fond (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 97), ni Rogers ni Cogeco ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les tarifs soient fixés en fonction d'un taux de croissance annuelle présumé de 32 p. 100.

[119] En outre, il faut supposer que Rogers et Cogeco ont toutes deux compris le fondement explicite de la DT 2016-117 et qu'elles savaient que leurs taux historiques de croissance annuelle du trafic en amont en période de pointe avaient diminué. Fortes de ces connaissances, elles ont pu présenter au Conseil des observations éclairées sur le taux approprié. Le fait que le Conseil n'ait pas souscrit à ces observations ne constitue pas un manquement à l'équité procédurale.

## iv. L'attribution des coûts de segmentation

[120] Les installations de segmentation comprennent la fibre de segmentation et les nœuds optiques. Ces installations transportent divers services tels qu'Internet et la télévision (l'OT 2019-288, paragraphe 119) et les appels vocaux. Dans la décision *Cogeco, Rogers, Shaw et Vidéotron – Tarifs du service d'accès Internet de tiers* (21 décembre 2006), Décision de télécom CRTC 2006-77 (la DT 2006-77), le Conseil a conclu que 75 p. 100 des coûts en immobilisations proposés pour la segmentation des nœuds de l'ensemble des entreprises seraient attribués aux services d'AHV de gros et aux services Internet de détail. Il était ainsi reconnu que ces installations étaient utilisées pour la prestation d'autres services de câblodistribution, et non uniquement pour les services Internet (l'OT 2019-288, paragraphe 136; DT 2006-77, paragraphes 92 et 93). Le Conseil a tiré cette conclusion malgré les observations des câblodistributeurs selon lesquelles l'accès Internet haute vitesse était le seul facteur

[121] In the rate-setting hearing under review, the Cable Carriers again argued that incremental segmentation costs are dedicated exclusively to managing peak Internet traffic volumes. Therefore, they proposed that 100 percent of the cost associated with segmentation fibre facilities be attributed to Internet services. The CRTC rejected this argument [TO 2019-288, paragraphs 136 to 138]:

In Telecom Decision 2006-77, the Commission determined that 75% of the proposed all-carrier node segmentation capital costs would be causal to the wholesale HSA and retail Internet services, in recognition of the use of these investments for other cable carrier services such as television and voice.

The Commission remains of the view that these facilities are used to provision a variety of services; therefore, it would not be appropriate to attribute 100% of the costs of these facilities to retail Internet and wholesale HSA services.

In the absence of any evidence, and given that future services are expected to benefit from segmentation facility investments over the cost study period, the Commission determines that an attribution factor of 75% continues to be appropriate.

(a) The appellants' submissions

[122] The Cable Carriers argue that the Commission reached this conclusion in the absence of any evidence supporting its stated "expectation", and without support in the Manual for the application of such an approach. They submit the Commission had no basis for this 75 percent attribution of segmentation costs as segmentation facilities are deployed to satisfy demand for new services or increasing demand for existing services and there was no evidence of increasing demand for non-Internet services. The Cable Carriers also argue that in stating that it adopted this approach "[i]n the absence of any evidence" the Commission demonstrated that it disregarded the evidence of the Cable Carriers.

derrière la segmentation des nœuds (DT 2006-77, paragraphes 84 à 88 et 90 à 91).

[121] À l'audience sur la fixation des tarifs visée en l'espèce, les câblodistributeurs ont de nouveau fait valoir que les coûts de segmentation supplémentaires étaient exclusivement consacrés à la gestion des pics de trafic Internet. Ils ont donc proposé que 100 p 100 du coût associé aux installations de fibre de segmentation soit attribué aux services Internet. Le CRTC n'a pas souscrit à cet argument [l'OT 2019-288, paragraphes 136 à 138] :

Dans la décision de télécom 2006-77, le Conseil a déterminé que 75 % des coûts de capital proposés pour la segmentation des nœuds de l'ensemble des entreprises seraient liés aux services AHV de gros et aux services Internet de détail, puisque ces investissements servent à d'autres services des entreprises de câblodistribution comme la télévision et les services téléphoniques.

Le Conseil demeure convaincu que ces installations servent à fournir divers services; par conséquent, il ne serait pas approprié d'attribuer 100 % des coûts de ces installations aux services Internet de détail et aux services AHV de gros.

En l'absence de preuves et puisque les services futurs devraient profiter des investissements dans les installations de segmentation au cours de la période d'étude des coûts, le Conseil estime qu'un facteur d'attribution de 75 % demeure approprié.

a) Les observations des appelantes

[122] Les câblodistributeurs font valoir que le Conseil a tiré cette conclusion en l'absence de tout élément de preuve étayant l'« attente » déclarée et sans que le Manuel soutienne l'application d'une telle approche. Ils font valoir que le Conseil n'avait aucun motif justifiant cette attribution de 75 p. 100 des coûts de segmentation, car les installations de segmentation sont déployées pour répondre à la demande de nouveaux services ou à la croissance de la demande de services existants et que rien dans la preuve ne montrait une croissance de la demande de services autres qu'Internet. Les câblodistributeurs font également valoir qu'en affirmant avoir adopté cette approche « [e]n l'absence de preuves », le Conseil a démontré qu'il n'avait pas pris en compte leurs éléments de preuve.



[123] In oral argument the Cable Carriers referred only to the submissions to the Commission by Shaw and Rogers.

(b) Context

[124] In response to an information request from the Commission, Shaw confirmed that its video and voice services also use the facilities associated with optical nodes. It submitted, however, that peak Internet traffic is the cost driver for the major network components, including node segmentation related costs. It submitted that no other traffic on its network reached a level that required Shaw to undertake node splits to alleviate traffic congestion. As a result, Shaw only included in its cost study the incremental causal costs related to Internet service for node segmentation related costs.

[125] In response to a similar request for information, Rogers confirmed that its optical node carries radio frequency signals for Internet, television and Rogers home phone services. Plans to add other services were said to be underway. In the submission of Rogers, even if other services benefit from the facilities, costs should not be attributed to these other services unless they cause advancement of the facilities.

[126] Thus, both Shaw and Rogers acknowledged that their segmentation equipment and facilities were used by services other than Internet services. Notwithstanding, they argued that no other traffic had reached a level that required them to undertake node splits to alleviate traffic congestion so all segmentation costs should be attributed to Internet services. They elected not to provide evidence of any incremental cost for other services.

[123] Dans leurs observations orales, les câblodistributeurs ont seulement fait référence aux observations présentées par Shaw et Rogers au Conseil.

b) Le contexte

[124] En réponse à une demande de renseignements du Conseil, Shaw a confirmé que ses services vidéo et vocaux utilisent également les installations associées aux nœuds optiques. Elle a toutefois fait valoir que les pics de trafic Internet sont le facteur majeur derrière les coûts des principaux composants du réseau, y compris les coûts liés à la segmentation des nœuds. Elle a fait valoir qu'aucun autre trafic sur son réseau n'a atteint un niveau qui l'obligerait à procéder à des dédoublements de nœuds pour réduire l'encombrement du trafic. En conséquence, à l'égard des coûts liés à la segmentation des nœuds, Shaw a inclus dans son étude de coûts uniquement les coûts causals différentiels liés au service Internet.

[125] En réponse à une demande de renseignements semblable, Rogers a confirmé que ses nœuds optiques relaient des signaux de radiofréquence pour Internet, la télévision et les services de téléphonie résidentielle de Rogers. Des projets visant à ajouter d'autres services seraient en cours. Selon les observations de Rogers, même si les installations servent pour d'autres services, les coûts ne devraient pas être attribués à ces autres services, à moins qu'ils ne soient la cause du développement des installations.

[126] Ainsi, Shaw et Rogers ont toutes deux reconnu que leur équipement et leurs installations de segmentation servaient pour des services autres que les services Internet. Néanmoins, elles ont fait valoir qu'aucun autre type de trafic n'atteignait un niveau les obligeant à procéder au dédoublement de nœuds pour réduire la congestion, de sorte que la totalité des coûts de segmentation devrait être attribuée aux services Internet. Elles ont choisi de ne pas produire d'éléments de preuve sur les coûts différentiels d'autres services.

## (c) The Commission's reasons

[127] Having received the Cable Carriers' evidence and submissions, the Commission remained of the view that because the facilities were used to provide a variety of services it would not be appropriate to attribute 100 percent of the cost of these facilities to retail Internet and wholesale HSA services. In the absence of any evidence about any incremental cost for other services the Commission determined that the attribution factor of 75 percent continued to be appropriate.

## (d) Analysis

[128] I see no procedural unfairness. The Cable Carriers were aware of the issue, filed their evidence, offered their submissions and replied to requests for information. Their complaint is with the Commission's decision not to attribute 100 percent of the cost of segmentation facilities to Internet services, not with the fairness of the Commission's process.

## v. Speed-Banding

[129] To understand the speed-banding issue one must understand that the cost model for wholesale HSA services is based upon two broad categories of costs: access costs and usage costs. Access costs consist of costs associated with end users' access to the network. These costs do not vary with changes in usage levels. Usage costs consist of costs incurred to move data through a wholesale HSA service provider's network. These costs do vary with changes in usage levels. Coaxial cable costs are an example of access costs; optical node costs are an example of usage costs (TO 2019-288, paragraph 139; TD 2016-117, paragraph 77).

[130] In TD 2016-117 the Commission considered whether usage-sensitive equipment should be assigned to the traffic-driven portion of cost models. The Commission determined [paragraphs 85 and 86]:

## c) Les motifs du Conseil

[127] Ayant reçu les éléments de preuve et les observations des câblodistributeurs, le Conseil est demeuré d'avis que, puisque les installations servaient à fournir divers services, il ne serait pas approprié d'attribuer 100 p. 100 des coûts de ces installations aux services Internet de détail et aux services d'AHV de gros. Faute d'éléments de preuve sur les coûts différentiels pour d'autres services, le Conseil a conclu que le facteur d'attribution de 75 p. 100 convenait toujours.

## d) Analyse

[128] Je ne constate aucun manquement à l'équité procédurale. Les câblodistributeurs savaient quelle était la question en litige, ils ont produit leurs éléments de preuve, ils ont présenté leurs observations et ils ont répondu aux demandes de renseignements. Ce qu'ils contestent est la décision du Conseil de ne pas attribuer 100 p. 100 du coût des installations de segmentation aux services Internet, et non l'équité de la procédure devant le Conseil.

## v. Les tranches de vitesses

[129] Pour comprendre la question des tranches de vitesses, il faut savoir que le modèle de coûts des services d'AHV de gros est fondé sur deux grandes catégories de coûts : les coûts d'accès et les coûts d'utilisation. Les coûts d'accès sont les coûts liés à l'accès des utilisateurs finaux au réseau. Ils ne varient pas en fonction du niveau d'utilisation. Les coûts d'utilisation sont les coûts engagés pour faire passer les données par le réseau d'un fournisseur de services d'AHV de gros. Ces coûts varient en fonction du niveau d'utilisation. Par exemple, les coûts liés aux câbles coaxiaux sont des coûts d'accès, tandis que les coûts liés aux nœuds optiques sont des coûts d'utilisation (l'OT 2019-288, paragraphe 139; DT 2016-117, paragraphe 77).

[130] Dans la DT 2016-117, le Conseil a examiné la question de savoir si le coût de l'équipement sensible à l'utilisation devait être attribué à la partie du modèle de coûts qui dépend du trafic. Le Conseil a conclu ce qui suit [paragraphes 85 et 86] :

The large cable companies have some costs for usage-sensitive equipment in the access portion of their cost models (e.g. the CMTS chassis) that are traffic-driven. These usage-sensitive costs can be identified and removed from the access portion of cost models and assigned to the traffic-driven portion, whether the wholesale HSA service provider is using the CBB model or the flat rate model. This reassignment of costs would aid in the creation of speed-bands by reducing variability in the access costs between the various service speeds within a speed-band.

In light of the above, the Commission determines that wholesale HSA service providers must ensure that all equipment costs accounted for in the access portion of their cost models include costs only for non-usage-sensitive equipment. [Underlining added.]

[131] To understand the speed-banding issue one must also understand that in the decision at issue the Commission was considering whether segmentation fibre facilities should be accounted for in the access or usage portion of the cost model (*Review of costing inputs and application process for wholesale high-speed access services* (28 May 2015), Telecom Notice of Consultation CRTC 2015-225, paragraph 19; TD 2016-117, paragraph 77). It was this determination that gave rise to what is referred to as the speed-banding issue. With this background, I turn to speed-banding.

[132] In TD 2016-117 one of the Commission's key determinations was whether to adopt either the "fixed access" approach or the "speed-banding" approach to rate-setting. The Commission described the "fixed access" approach to involve the creation of a fixed access rate that would apply to all service speeds. The fixed access rate would recover both speed-dependent and speed-independent access costs for all service speeds. The Commission described the "speed-banding" approach to further break down access costs into two access rate components. The first component would consist of a speed-independent, fixed, weighted-average access rate that would apply to all service speed offerings. The second rate component would consist of a speed-dependent

Dans leurs modèles de coûts, les grandes entreprises de câblodistribution tiennent compte de certains coûts d'équipement liés à l'utilisation dans la portion accès (p. ex. châssis du STMC) qui sont liés au trafic. Il est donc possible de relever ces coûts d'équipement liés à l'utilisation et de les retirer de la portion accès des modèles de coûts pour les attribuer à la portion liée au trafic, que le fournisseur de services AHV de gros utilise le modèle FFC ou le modèle de tarif fixe. Cette nouvelle attribution des coûts appuierait la création de tranches de vitesses en réduisant la variabilité dans les coûts d'accès entre les différentes vitesses de service dans une même tranche de vitesses.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil détermine que les fournisseurs de services AHV de gros doivent s'assurer que les coûts d'équipement pris en considération dans la portion accès de leurs modèles de coûts n'incluent que les coûts d'équipement non liés à l'utilisation. [Non souligné dans l'original.]

[131] Pour comprendre la question des tranches de vitesses, il faut aussi comprendre que, dans la décision visée en appel, le Conseil devait déterminer si les installations de fibre de segmentation devaient être prises en compte dans la partie accès ou la partie utilisation du modèle de coûts (*Examen des données pour l'établissement des coûts et du processus de demande relatif aux services d'accès haute vitesse de gros* (28 mai 2015), Avis de consultation de télécom CRTC 2015-225, paragraphe 19; DT 2016-117, paragraphe 77). C'est cette conclusion qui a donné naissance à ce que l'on appelle la question des tranches de vitesses. Cela étant dit, je me penche maintenant sur les tranches de vitesses.

[132] Dans la DT 2016-117, l'une des principales questions que devait trancher le Conseil était de savoir s'il fallait adopter la méthode de l'« accès fixe » ou des « tranches de vitesses » pour l'établissement des tarifs. Le Conseil a décrit la méthode de l'« accès fixe » comme étant le fait de créer un tarif d'accès fixe qui s'appliquerait à toutes les vitesses de service. Le tarif d'accès fixe permettrait de recouvrer tant les coûts d'accès tributaires de la vitesse que ceux non tributaires de celle-ci pour toutes les vitesses de service. Le Conseil a décrit la méthode des « tranches de vitesses » d'une manière qui sépare à nouveau les coûts d'accès en deux composantes. La première composante consisterait en un tarif d'accès moyen pondéré, fixe et sans égard à la vitesse, qui

access rate per speed-band uniformly applied to all service speeds falling within a given speed-band. Each speed-band would be determined based on service speeds that have similar costs (TD 2016-117, paragraph 12).

[133] In TD 2016-117, the Commission determined that rate-setting for all wholesale HSA services would be done in accordance with the speed-banding approach. It did not establish how the various costs would be allocated to different rate components.

(a) The appellants' submissions

[134] The Cable Carriers say that they relied on this determination and proposed wholesale rates based on the speed-banding approach.

[135] The Cable Carriers acknowledge that during the course of the rate-setting proceeding the Commission asked the Cable Carriers to comment on the appropriateness of moving segmentation costs from the "access" rate component of wholesale rates to the "capacity" (or usage) rate component. They responded that this adjustment would be a "radical change in the pricing approach of access services" that would be impossible to reconcile with speed-banding (memorandum of fact and law, paragraph 37). Moreover, they asserted that such a change would require new costing models based on the discredited "fixed access approach". They identified the connection between segmentation fibre facilities and speed-banding, however they did not provide revised proposed rates associated with segmentation fibre costs in the traffic-driven portion of the cost model.

[136] Notwithstanding their submissions, the Cable Carriers assert that the CRTC gave them no notice of its intention to abandon speed-banding and gave them no opportunity to file such new costing models based on a fixed access approach. Instead, the Cable Carriers say that the Commission simply imposed a single access

s'appliquerait à toutes les vitesses de service offertes. La deuxième composante consisterait en un tarif d'accès tributaire de la vitesse établi en fonction de la tranche de vitesse, appliqué uniformément à toutes les vitesses de service relevant d'une tranche de vitesse donnée. Chaque tranche de vitesse serait établie en fonction des vitesses de service ayant des coûts similaires (DT 2016-117, paragraphe 12).

[133] Dans la DT 2016-117, le Conseil a conclu que les tarifs de tous les services d'AHV de gros seraient établis selon la méthode des tranches de vitesses. Il n'a pas établi la façon dont les différents coûts seraient répartis entre les différentes composantes tarifaires.

a) Les observations des appelantes

[134] Les câblodistributeurs affirment qu'ils se sont fondés sur cette conclusion et ont proposé des tarifs de gros fondés sur la méthode des tranches de vitesses.

[135] Les câblodistributeurs reconnaissent qu'au cours de la procédure d'établissement des tarifs, le Conseil leur a demandé leur avis sur l'opportunité de faire passer les coûts de segmentation de la composante tarifaire « accès » des tarifs de gros à la composante tarifaire « capacité » (ou utilisation). Ils ont répondu que cet ajustement constituerait un [TRADUCTION] « changement radical dans la méthode d'établissement des tarifs des services d'accès » qui serait incompatible avec la méthode des tranches de vitesses (mémoire des faits et du droit, paragraphe 37). En outre, ils ont affirmé qu'un tel changement nécessiterait de nouveaux modèles de calcul des coûts basés sur la méthode rejetée de l'« accès fixe ». Ils ont fait le lien entre les installations de fibre de segmentation et les tranches de vitesses, mais ils n'ont pas proposé de tarifs révisés associés aux coûts de fibre de segmentation dans la partie du modèle de coûts qui est liée au trafic.

[136] Malgré leurs observations, les câblodistributeurs soutiennent que le CRTC ne les a pas avisés de son intention d'abandonner la méthode des tranches de vitesses et ne leur a pas donné la possibilité de présenter de nouveaux modèles de coût fondés sur la méthode de l'accès fixe. Les câblodistributeurs soutiennent que le

rate to be applied across all speeds offered by each Cable Carrier. The Cable Carriers assert that in doing so the Commission: (i) ignored their evidence establishing the greater cost of providing higher-speed Internet service independent of the usage; (ii) disregarded its own explicit direction to use the speed-banding approach and thereby disregarded the legitimate expectation of the Cable Carriers as to how the rate-setting process would be conducted; and, (iii) gave no consideration to the fact that the entirety of the Cable Carriers' cost studies had been premised on the Commission's previous direction to apply speed-banding.

[137] Again, I see no error of law or jurisdiction.

(b) Context

[138] In paragraph 85 of TD 2016-117, quoted above, the CRTC foreshadowed its requirement that usage-sensitive costs be identified and removed from the access portion of the cost models and assigned to the usage-driven portion. The speed-banding approach was premised on the adoption of two access rate components—one consisting of speed-independent costs, the other consisting of speed-dependent costs. In the decision at issue the Commission did not reverse its previous policy. Instead, with the benefit of a full record, it found that most speed-dependent costs were better characterized as usage costs (TO 2019-288, paragraphs 156 to 161). Applying its previous policy to the finding, the Commission reassigned those costs to the usage portion of the model. The impact on speed-banding was a foreseeable consequence of that determination.

[139] Further, the Commission specifically solicited submissions from the parties on this issue. In a request for information issued on March 2, 2018 the Commission referenced TD 2016-117 and observed that the addition of fibre facilities to support node segmentation generally occurs as additional facilities are required to meet rising

Conseil a simplement imposé un tarif d'accès unique à appliquer à toutes les vitesses offertes par chaque câblodistributeur. Les câblodistributeurs font valoir qu'en agissant ainsi, le Conseil : (i) n'a pas tenu compte des éléments de preuve qu'ils ont produits et qui montrent qu'il coûte plus cher de fournir des services Internet haute vitesse sans égard à l'utilisation; (ii) n'a pas tenu compte de sa propre directive expresse d'utiliser la méthode des tranches de vitesses et a donc fait fi de l'attente légitime des câblodistributeurs quant à la manière dont le processus d'établissement des tarifs serait mené; (iii) n'a pas tenu compte du fait que les études de coûts des câblodistributeurs étaient entièrement fondées sur la directive antérieure du Conseil d'appliquer la méthode des tranches de vitesses.

[137] Là encore, je ne vois aucune erreur de droit ou de compétence.

b) Le contexte

[138] Au paragraphe 85 de la DT 2016-117, cité plus haut, le CRTC fait entrevoir son exigence selon laquelle les coûts sensibles à l'utilisation doivent être circonscrits puis soustraits de la partie accès des modèles de coût et attribués à la partie utilisation. La méthode des tranches de vitesses était fondée sur l'adoption de deux composantes de tarifs d'accès, l'une visant les coûts indépendants de la vitesse, l'autre des coûts tributaires de la vitesse. Dans l'ordonnance en litige, le Conseil n'est pas revenu sur sa politique antérieure. Il a plutôt conclu, à la lumière d'un dossier complet, qu'il serait plus juste de considérer la plupart des coûts tributaires de la vitesse comme étant des coûts d'utilisation (l'OT 2019-288, paragraphes 156 à 161). Appliquant sa politique précédente à cette conclusion, le Conseil a réattribué ces coûts à la partie utilisation du modèle. L'incidence sur les tranches de vitesses était une conséquence prévisible de cette conclusion.

[139] En outre, le Conseil a expressément demandé aux parties de présenter des observations sur cette question. Dans une demande de renseignements publiée le 2 mars 2018, le Conseil a fait référence à la DT 2016-117 et a mentionné que l'ajout d'installations de fibre pour soutenir la segmentation des nœuds se produit généralement

Internet demand. The Commission went on to ask that the parties comment “on the appropriateness of including the costs associated with segmentation fibre in the access portion of the cost model as opposed to the traffic [or usage] driven portion” and were asked to “provide revised proposed rates and cost information using the baseline cost study that includes the costs associated with segmentation fibre and any other usage-sensitive equipment in the traffic driven portion of the cost model”, using a specified format.

[140] Accordingly, contrary to the submission of the Cable Carriers, new costing models were solicited.

(c) Analysis

[141] We were not taken to any evidence to suggest that the Cable Carriers provided such cost studies. Indeed, in its Aggregated Final Comments, Rogers simply argued extensively that its method of including certain node segmentation costs in the access portion of the cost model remained appropriate. In response to the information request Cogeco similarly replied that it remained of the view that “it is appropriate to include the costs associated with segmentation fibre in the access portion rather than in the traffic driven portion of Cogeco’s proposed cost model” (appeal book, tab 112C.1(I), question 6).

[142] The Cable Carriers knew this issue was in play and were given the opportunity to file new costing models. There was no procedural unfairness. The doctrine of legitimate expectations does not protect a substantive expectation that the CRTC would continue to set access rates that vary across speed-bands.

vi. Unrecovered costs

[143] As explained above, in TD 2016-117 the CRTC changed the study period from the then current ten-year

lorsque des installations supplémentaires sont nécessaires pour répondre à la demande croissante de services Internet. Le Conseil a ensuite demandé aux parties des observations [TRADUCTION] « sur l’opportunité d’inclure les coûts associés à la fibre de segmentation dans la partie accès du modèle de coûts par opposition à la partie trafic [ou utilisation] » et ont été invités à [TRADUCTION] « proposer des tarifs révisés et des renseignements sur les coûts en utilisant une étude des coûts de base qui inclut les coûts associés à la fibre de segmentation et à tout autre équipement sensible à l’utilisation dans la partie trafic du modèle de coûts », en utilisant un format précis.

[140] En conséquence, contrairement à ce que soutiennent les câblodistributeurs, de nouveaux modèles de calcul des coûts ont été demandés.

c) Analyse

[141] Notre Cour n’a été saisie d’aucun élément de preuve montrant que les câblodistributeurs ont fourni de telles études de coûts. En effet, dans ses dernières observations groupées, Rogers a simplement soutenu, en détail, que sa méthode consistant à inclure certains coûts de segmentation des nœuds dans la partie accès du modèle de coûts restait appropriée. En réponse à la demande de renseignements, Cogeco a également répondu qu’elle restait d’avis [TRADUCTION] « [qu’]il est approprié d’inclure les coûts associés à la fibre de segmentation dans la partie accès plutôt que dans la partie axée sur le trafic du modèle de coûts proposé par Cogeco » (dossier d’appel, onglet 112C.1(I), question 6).

[142] Les câblodistributeurs savaient que cette question serait examinée et ont eu la possibilité de déposer de nouveaux modèles de calcul des coûts. Il n’y a eu aucun manquement à l’équité procédurale. La théorie des attentes légitimes ne protège pas l’attente de fond selon laquelle le CRTC continuerait à fixer des tarifs d’accès qui varient selon les tranches de vitesses.

vi. Les coûts non recouverts

[143] Comme il est expliqué plus haut, dans la DT 2016-117, le CRTC a modifié la période d’étude, la



term to a shorter period of five years. The Commission wrote [paragraph 76]:

These changes to the study period are to take place immediately, and not after the expiration of the current ten-year study period. When service rates are revisited prior to the end of an original study period, service providers may be unable to recover certain costs that they would have otherwise expected to recover. It is appropriate for service providers to be able to recover these costs. Unrecovered costs that are causal to a service can be recovered according to the methodology outlined in Appendix E-1 of the large telephone companies' Regulatory Economic Studies Manuals, which were approved in Telecom Order 2008-237. For all other unrecovered costs, the Commission requests wholesale HSA service providers to identify and justify the amount, with supporting rationale, and to propose a way to recover these costs.

[144] During the rate-setting hearing at issue, Rogers submitted evidence of two categories of unrecovered costs, totalling \$52.3 million. The first category of unrecovered costs reflected costs that had not been recovered due to the Commission's decision to update wholesale HSA rates prior to the end of the original study period (Changed Study Period Unrecovered Costs). The Commission had originally approved final rates based on a ten-year cost study that Rogers asserted would have had to run its course in order for cable companies to fully recover their costs. The Commission's decision to truncate that period was said to result in unrecovered costs. Rogers quantified these costs in the amount of \$30.1 million. The second category of unrecovered costs were costs that were not recovered due to the difference between interim rates in place since 2012 and what Rogers submitted were the true costs of providing the services (Interim Rates Unrecovered Costs). These costs were quantified in the amount of \$22.2 million.

[145] At paragraph 38 of its reasons in TO 2019-288, the Commission acknowledged that revisiting wholesale HSA rates prior to the end of the period captured by the original cost study might result in unrecovered costs.

ramenant de dix ans à cinq ans. Le Conseil a écrit ce qui suit [paragraphe 76] :

Ces changements touchant la période d'étude doivent se faire immédiatement, et non après l'expiration de l'actuelle période d'étude de dix ans. Lorsque les tarifs du service sont revus avant la fin d'une période d'étude originale, il est possible que le fournisseur de services ne réussisse pas à recouvrer certains coûts qu'il, autrement, aurait cru pouvoir récupérer. Or les fournisseurs de services devraient pouvoir recouvrer ces coûts. Les coûts causals liés à un service qui ne sont pas recouverts peuvent l'être selon la méthode décrite à l'annexe E-1 des Manuels d'études économiques réglementaires des grandes compagnies de téléphone, qui ont été approuvés dans l'ordonnance de télécom 2008-237. Pour tous les autres coûts non recouverts, le Conseil demande aux fournisseurs de services AHV de gros de préciser le montant concerné, avec justification à l'appui, et de proposer une méthode de recouvrement.

[144] Lors de l'audience sur l'établissement des tarifs visés en l'espèce, Rogers a présenté des éléments de preuve quant à deux catégories de coûts non recouverts, pour un total de 52,3 millions de dollars. La première catégorie de coûts non recouverts représentait les coûts qui n'avaient pas été recouverts en raison de la décision du Conseil d'actualiser les tarifs d'AHV de gros avant la fin de la période d'étude initiale (les coûts non recouverts en raison de la modification de la période d'étude). Le Conseil avait initialement approuvé les tarifs définitifs fondés sur une étude de coûts sur dix ans qui, selon Rogers, aurait dû être menée à bien pour que les câblodistributeurs puissent recouvrer intégralement leurs coûts. La décision du Conseil de raccourcir cette période aurait entraîné des coûts non recouverts. Rogers les a chiffrés à 30,1 millions de dollars. La deuxième catégorie de coûts non recouverts est celle des coûts non recouverts en raison de la différence entre les tarifs provisoires en vigueur depuis 2012 et les coûts qui, selon Rogers, sont les coûts réels de la fourniture des services (les coûts non recouverts en raison des tarifs provisoires). Ces coûts ont été chiffrés à 22,2 millions de dollars.

[145] Au paragraphe 38 de ses motifs dans l'OT 2019-288, le Conseil a reconnu que le réexamen des tarifs d'AHV de gros avant la fin de la période couverte par l'étude de coûts initiale pouvait entraîner des coûts non

This said, the Commission rejected Rogers' claim for unrecovered costs stating [paragraph 45]:

RCCI's proposed unrecovered costs were estimated based on interim rates. Given that the rates for the speed tiers for which the company has proposed unrecovered costs were (i) approved on an interim basis, (ii) under review, and (iii) not approved on a final basis, the question of unrecovered costs does not arise. The difference between the interim rates and final rates is resolved through retroactivity. In view of the above, the Commission determines that RCCI's proposed unrecovered costs are not appropriate.

[146] On this basis, the Commission excluded Rogers' proposed unrecovered costs from its cost studies.

(a) The appellants' submissions

[147] Rogers submits that these reasons addressed only the Interim Rates Unrecovered Costs and that no reasons were provided for rejecting the Changed Study Period Unrecovered Costs. It further submits that the Commission's reasons for rejecting the Interim Rates Unrecovered Costs ignored the fact that these costs related to interim rates in place between 2012 and 2016 so that retroactive rates for the period from 2016 to the present cannot address those earlier unrecovered costs.

(b) Analysis

[148] I see no error of law or jurisdiction.

[149] In the rate-setting process at issue, Rogers submitted proposed rates for consideration by the Commission based upon its revised cost study. Included in its proposed rates was Rogers' claim for unrecovered costs. Rogers' proposed rates were higher than the interim rates set in 2016. In TO 2019-288 the CRTC not only rejected the higher rates proposed by Rogers, but found that the interim rates set in 2016 were not just and reasonable;

recouvrés. Cela dit, le Conseil n'a pas souscrit aux observations de Rogers au sujet des coûts non recouvrés et a affirmé ce qui suit [paragraphe 45] :

Les coûts non recouvrés proposés par RCCI ont été estimés en fonction de tarifs provisoires. Puisque les tarifs pour les gammes de vitesse pour lesquelles la compagnie a proposé des coûts non recouvrés (i) ont été approuvés à titre provisoire, (ii) étaient à l'étude et (iii) [n'ont] pas été approuvés de manière définitive, la question des coûts non recouvrés ne se pose pas. La différence entre les tarifs provisoires et les tarifs définitifs est réglée par rétroactivité. Étant donné ce qui précède, le Conseil conclut que les coûts non recouvrés proposés par RCCI ne sont pas appropriés.

[146] Sur ce fondement, le Conseil a exclu de ses études de coûts les coûts non recouvrés proposés par Rogers.

a) Les observations des appelantes

[147] Rogers soutient que les motifs du Conseil portaient uniquement sur les coûts non recouvrés en raison des tarifs provisoires et qu'aucun motif n'a été fourni pour justifier qu'il ne soit pas tenu compte des coûts non recouvrés en raison de la modification de la période d'étude. Elle soutient en outre que les motifs du Conseil pour justifier le rejet des coûts non recouvrés en raison des tarifs provisoires ne tenaient pas compte du fait que ces coûts se rapportaient aux tarifs provisoires en vigueur entre 2012 et 2016, de sorte qu'imposer des tarifs rétroactifs à partir de 2016 ne peut pas constituer une solution pour les coûts non recouvrés antérieurs.

b) Analyse

[148] Je ne vois aucune erreur de droit ou de compétence.

[149] Dans le cadre du processus d'établissement des tarifs visé en appel, Rogers a présenté au Conseil des propositions des tarifs, fondées sur son étude de coûts révisée. Dans ces tarifs proposés, il était tenu compte des coûts qui, selon Rogers, étaient non recouvrés. Les tarifs proposés par Rogers étaient plus élevés que les tarifs provisoires fixés en 2016. Dans l'OT 2019-288, le CRTC a non seulement rejeté les tarifs plus élevés proposés par

the Commission set rates that were lower than the then existing interim rates and made such rates retroactive in order to ensure that wholesale HSA service providers applied just and reasonable rates.

[150] Read in this light, the Commission's reasons disposed of both parts of Rogers' unrecovered costs claim. Rogers' cost study was rejected because the CRTC found it overestimated how much it actually cost Rogers to provide wholesale HSA services. The embedded claim for unrecovered costs failed when the Commission approved a lower rate than that proposed.

[151] There is no valid claim for breach of procedural fairness or arbitrariness. Rogers' real complaint is with the quantum of the tariff approved by the Commission; a complaint that is outside the scope of this Court's reviewing function.

#### vii. Working fill factors (WFF)

[152] As the CRTC explained in TO 2019-288 [paragraphs 47 and 48]:

The working fill factor (WFF) is a measure of the utilization of a shared facility and is used to recognize the non-working capacity and to apportion the cost of non-working capacity to the per-unit cost of the working capacity.

Working capacity is the capacity that is available to provide service to customers making use of the relevant facility. This includes all units that are potentially revenue generating, while non-working unit capacity is all other remaining units (e.g. units required for maintenance).

[153] The WFF represents the point at which network equipment must be upgraded to handle increased usage. As a "higher WFF implies that a carrier can operate at a much higher capacity before additional costs" must be incurred to upgrade network capacity, a higher WFF produces lower wholesale rates (affidavit Lee Bragg, appeal book, tab 137, paragraph 59).

Rogers, mais a également conclu que les tarifs provisoires fixés en 2016 n'étaient pas justes et raisonnables; le Conseil a fixé des tarifs inférieurs aux tarifs provisoires alors en vigueur et a rendu ces tarifs rétroactifs afin de garantir que les fournisseurs de services d'AHV de gros appliquent des tarifs justes et raisonnables.

[150] Interprétés sous cet angle, les motifs du Conseil répondent aux deux aspects des observations de Rogers sur les coûts non recouverts. Le CRTC a rejeté l'étude de coûts de Rogers parce qu'il a conclu que l'étude surestimait ce qu'il en coûtait réellement à Rogers pour fournir des services d'AHV en gros. La demande implicite relative aux coûts non recouverts a été rejetée lorsque le Conseil a approuvé un tarif inférieur à celui proposé.

[151] Il n'y a pas de fondement valable aux allégations de manquement à l'équité procédurale et de décision arbitraire. Ce que conteste en fait Rogers est le montant du tarif approuvé par le Conseil, une question qui ne relève pas des fonctions de contrôle de notre Cour.

#### vii. Les facteurs d'utilisation (FU)

[152] Comme l'a expliqué le CRTC dans l'OT 2019-288 [paragraphes 47 et 48] :

Le facteur d'utilisation (FU) est une mesure de l'utilisation d'une installation partagée. Il sert à reconnaître la capacité autre que d'exploitation et à répartir les coûts de cette capacité par rapport au coût unitaire de la capacité d'exploitation.

La capacité d'exploitation est la capacité disponible pour fournir des services aux clients qui ont recours à l'installation en question. Elle concerne toutes les unités susceptibles de générer des revenus, tandis que la capacité des unités autre que la capacité d'exploitation concerne toutes les autres unités (p. ex. les unités nécessaires à l'entretien).

[153] Le FU représente le point auquel l'équipement de réseau doit être mis à niveau pour répondre à une utilisation croissante. Étant donné qu'un [TRADUCTION] « FU plus élevé implique qu'une entreprise peut fonctionner à une capacité beaucoup plus élevée avant que des coûts supplémentaires » ne doivent être engagés pour accroître la capacité du réseau, un FU plus élevé produit

[154] In *Review of the use of company-specific working fill factors and the recovery of past introduction costs not fully recovered* (14 May 2009), Telecom Regulatory Policy CRTC 2009-274 (TRP 2009-274) the Commission determined that companies could propose a company-specific WFF for a particular facility for use in a cost study so long as the company met five enumerated conditions. The Commission also determined that when a company-specific proposed WFF did not meet the enumerated conditions, the Commission-mandated WFFs are to be used (TRP 2009-274; TO 2019-288, paragraphs 49 and 50). For the purpose of this appeal, the relevant condition is the first enumerated condition: the company must satisfy a common definition of the WFF.

[155] Throughout the rate-setting proceedings now under review by this Court, the appellants proposed company-specific WFFs. The CRTC found these proposals did not satisfy the relevant conditions and so it rejected them (TO 2019-288, paragraphs 66 to 67, 97).

(a) The appellants' submissions

[156] The Cable Carriers allege two errors of law with respect to the WFF. First, they allege the CRTC improperly fettered its discretion by following outdated Manuals when the Cable Carriers provided "superior" information. Second, they allege that the CRTC made decisions without evidence based on irrelevant considerations while ignoring relevant evidence. In addition to these errors of law the Cable Carriers also assert that the CRTC breached an explicit undertaking that it would rely on a report from a third-party research and development group (CableLabs Report).

des tarifs de gros plus bas (affidavit de Lee Bragg, dossier d'appel, onglet 137, paragraphe 59).

[154] Dans l'*Examen du recours aux facteurs d'utilisation propres à la compagnie et du recouvrement de coûts de lancement antérieurs qui n'ont pas été entièrement récupérés* (14 mai 2009), Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-274 (la PRT 2009-274), le Conseil a déterminé que les entreprises pouvaient proposer un FU propre à elles pour une installation donnée, pour utilisation dans une étude de coûts, à condition que l'entreprise remplisse cinq conditions énumérées. Le Conseil a également conclu que, lorsque le FU proposé par une entreprise ne remplissait pas les conditions énumérées, les FU établis par le Conseil devaient être utilisés (PRT 2009-274; l'OT 2019-288, paragraphes 49 et 50). En l'espèce, la condition pertinente est la première condition énumérée : la société doit satisfaire à une définition commune du FU.

[155] Au cours de la procédure d'établissement des tarifs que notre Cour est appelée à examiner, les appelantes ont proposé des FU propres aux entreprises. Le CRTC a conclu que ces propositions ne remplissaient pas les conditions pertinentes et les a donc rejetées (l'OT 2019-288, paragraphes 66, 67 et 97).

a) Les observations des appelantes

[156] Les câblodistributeurs allèguent deux erreurs de droit relativement aux FU. Premièrement, ils affirment que le CRTC a indûment entravé son pouvoir discrétionnaire en suivant des manuels désuets alors que les câblodistributeurs fournissaient des renseignements [TRADUCTION] « supérieurs ». Deuxièmement, ils affirment que le CRTC a pris des décisions sans preuve en se fondant sur des considérations non pertinentes tout en ne tenant pas compte d'éléments de preuve pertinents. En plus d'alléguer ces erreurs de droit, les câblodistributeurs soutiennent également que le CRTC a manqué à un engagement explicite selon lequel il se fonderait sur le rapport d'un groupe de recherche et développement indépendant (le rapport de CableLabs).

## (b) Analysis

[157] I begin by rejecting the notion that the Commission fettered its discretion. An administrative decision maker fetters the exercise of their discretion by relying exclusively on an administrative policy without regard to the law (*Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 425 N.R. 341, at paragraphs 24 and 60). This is not what the Commission did in this case. The Commission did not treat its former determinations as being legally binding; rather, it asked the parties to explain and support their proposed departure from the determination established in TRP 2009-274 (see, for example, CRTC Request for Information, appeal book, tab 109D, pages 7, 12 to 13, 18, 31, 37 to 38 and 50).

[158] I next reject the notion that the CTRC in effect closed its eyes to the evidence. In their responses to a request for information, the appellants asked the CRTC to make a departure from the manner in which it calculated WFF.

[159] The appellants submitted that WFF should be based on the “average operational utilization level of the entire access network at steady state”. In TRP 2009-274 the Commission defined the company-specific measured WFF to be a function of “working units” and defined “working units” to be those units that are expected to provide service to an end-user (TRP 2009-274, paragraph 22). Instead, in the present case the appellants defined “working units” to be those units used at the moment of measurement. In the view of the Commission, this approach resulted in an underestimation of working units because it did not take into account all working units that could provide service to a customer (TO 2019-288, paragraph 67). It follows that the Commission found the proposed company-specific measured WFFs were not appropriate for use in cost studies. Those WFFs did not satisfy the first enumerated condition for the use of a company-specific WFF. This was a determination open to the Commission. The CRTC did not close its eyes to the evidence.

## b) Analyse

[157] Pour commencer, je ne souscris pas à l’observation voulant que le Conseil ait entravé son pouvoir discrétionnaire. Un décideur administratif entrave l’exercice de son pouvoir discrétionnaire s’il se fonde exclusivement sur une politique administrative sans tenir compte de la loi (*Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2011] A.C.F. n° 1503 (QL), aux paragraphes 24 et 60). Ce n’est pas ce qu’a fait le Conseil en l’espèce. Le Conseil n’a pas agi comme s’il était juridiquement lié par ses décisions antérieures; il a plutôt demandé aux parties d’expliquer et de justifier leur proposition de déroger à la décision établie dans la PRT 2009-274 (voir, par exemple, la demande de renseignements du CRTC, dossier d’appel, onglet 109D, pages 7, 12, 13, 18, 31, 37, 38 et 50).

[158] Ensuite, je ne retiens pas l’observation voulant que le CRTC ait fait abstraction d’éléments de preuve. Dans leurs réponses à une demande de renseignements, les appelantes ont demandé au CRTC de changer la manière dont il a calculé le FU.

[159] Les appelantes ont soutenu que le FU devrait être fondé sur le [TRADUCTION] « niveau d’utilisation opérationnelle moyen de l’ensemble du réseau d’accès en état stable ». Dans la PRT 2009-274, le Conseil a défini le FU mesuré propre à l’entreprise comme étant fonction des « unités d’exploitation » et a défini les « unités d’exploitation » comme étant les unités qui devraient fournir un service à un utilisateur final (PRT 2009-274, paragraphe 22). Or, en l’espèce, les appelantes ont défini « unités d’exploitation » comme étant les unités utilisées au moment de la mesure. Selon le Conseil, cette méthode a entraîné une sous-estimation des unités d’exploitation, car elle ne tenait pas compte de toutes les unités d’exploitation qui pouvaient fournir un service à un client (l’OT 2019-288, paragraphe 67). Il s’ensuit que le Conseil a conclu que les FU mesurés proposés par les entreprises n’étaient pas ceux qu’il convenait d’utiliser dans les études de coûts. Ces FU ne remplissaient pas la première condition énumérée encadrant l’utilisation d’un FU propre à une entreprise. Le Conseil pouvait tirer une telle conclusion. Le CRTC n’a pas fermé les yeux sur les éléments de preuve.

[160] To the extent that the Cable Carriers now complain that it was inappropriate for the CRTC to impose the conditions set in TRP 2009-274 because that policy was designed for ILECs, this is an argument they ought to have advanced before the CRTC. It is too late to raise it on this appeal (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraphs 22 to 26).

[161] Finally, I reject the submission that the CRTC breached an explicit undertaking that it would rely upon the CableLabs Report. This undertaking is said to have been made by the CRTC in *Bragg Communications Incorporated, operating as Eastlink – Application to review and vary or stay Telecom Order 2016-448 regarding wholesale high-speed access service interim rates* (25 May 2017), Telecom Decision CRTC 2017-167 (TD 2017-167) where it wrote:

With respect to the CableLabs report filed by Eastlink in support of the application, this report was filed with the Commission after Telecom Order 2016-448 was issued, and thus could not have been considered in the proceeding that led to that order. However, the Commission will consider it in determining the final rates for Eastlink's TPIA service.

[162] Context is important. As described above when dealing with the policy pedigree of the decision at issue, after finding that existing wholesale HSA service rates were not just and reasonable in TD 2016-117, the CRTC set revised interim rates for Eastlink in TO 2016-448. The interim rates were lower than the previous rates. The Commission expressed concern that Eastlink had deviated from the established Phase II capacity costing methodology and specifically expressed concern with the working fill factor (TD 2016-117, paragraph 12).

[163] Eastlink then applied for a stay, review and variation of the interim rates under section 62 of the Act. In its application, Eastlink made a similar argument to the

[160] Pour ce qui est de l'observation que font maintenant valoir les câblodistributeurs selon laquelle il était inapproprié que le CRTC impose les conditions fixées dans la PRT 2009-274 parce que cette politique avait été conçue pour les ESLT, il s'agit d'une observation qu'ils auraient dû faire valoir devant le CRTC. Il est trop tard pour la soulever dans le présent appel (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, paragraphes 22 à 26).

[161] Enfin, je ne souscris pas à l'observation voulant que le CRTC ait manqué à un engagement explicite selon lequel il se fonderait sur le rapport de CableLabs. Cet engagement aurait été pris par le CRTC dans la décision *Bragg Communications Incorporated, exerçant ses activités sous le nom d'Eastlink – Demande de révision et de modification ou de sursis de l'ordonnance de télécom 2016-448 concernant les tarifs provisoires du service d'accès haute vitesse de gros* (25 mai 2017), Décision de télécom CRTC 2017-167 (la DT 2017-167), dans laquelle il a écrit ceci :

En ce qui concerne le rapport de CableLabs déposé par Eastlink à l'appui de la demande, il n'a pas pu être examiné dans le cadre de l'instance ayant mené à l'ordonnance de télécom 2016-448 puisqu'il a été déposé auprès du Conseil après la publication de celle-ci. Par contre, le Conseil en tiendra compte pour déterminer les tarifs définalisés du service AIT d'Eastlink.

[162] Le contexte est important. Comme je l'ai dit plus haut lorsque j'ai examiné les antécédents de la décision dont il est fait appel, le CRTC, après avoir conclu que les tarifs actuels des services d'AHV de gros n'étaient ni justes ni raisonnables dans la DT 2016-117, a fixé des tarifs provisoires révisés pour Eastlink dans l'OT 2016-448. Les tarifs provisoires étaient inférieurs aux tarifs précédents. Le Conseil a exprimé des réserves quant au fait qu'Eastlink s'était écartée de la méthode établie du calcul des coûts de capacité de la Phase II, en particulier au sujet du facteur d'utilisation (DT 2016-117, paragraphe 12).

[163] Eastlink a alors présenté une demande de sursis, de révision et de modification des tarifs provisoires en vertu de l'article 62 de la Loi. Dans sa demande,



one raised in this appeal and presented the CableLabs Report as evidence. The CableLabs Report was new evidence that had not been before the CRTC when it set the interim rates under review.

[164] In TD 2017-167 the CRTC dismissed Eastlink's application for reconsideration. It commented, at paragraph 17, that Eastlink had the opportunity to submit evidence supporting its proposal before interim rates were set but failed to do so. In this circumstance, it would have been improper for the CRTC to consider the CableLabs Report at that time. It was in this context that the Commission stated that it would consider the report when determining final rates.

[165] The Commission's meaning was clear. Eastlink had failed to provide evidence to support its company-specific WFFs during the interim rate-setting process and filing such evidence as part of its application to review and vary did not remedy that failure. This said, the report could be filed as part of the final rate-setting process. In saying this the CRTC made no comment on the contents of the report. The CRTC did not make a binding commitment or undertaking to adopt the CableLabs Report in the final rate-setting order.

[166] In its report, CableLabs used the definition of WFF proposed by the appellants but rejected by the Commission (see Report, appeal book, tab 119A(I), paragraph 52). The Commission rejected the CableLabs Report because it relied on an improper definition of WFF.

viii. Segmentation fibre facilities

[167] Segmentation facilities transport various services, such as television and Internet, to end-users.

[168] The Cable Carriers submitted that the Commission should abandon the technology cost factor methodology set out in the Regulatory Studies Manual at section 3-43

Eastlink a présenté des observations semblables à celles formulées dans le présent appel et a produit le rapport de CableLabs en preuve. Le rapport de CableLabs était un nouvel élément de preuve dont ne disposait pas le CRTC lorsqu'il a fixé les tarifs provisoires visés par la révision.

[164] Dans la DT 2017-167, le CRTC a rejeté la demande de réexamen d'Eastlink. Il a affirmé, au paragraphe 17, qu'Eastlink avait eu la possibilité de présenter des éléments de preuve à l'appui de sa proposition avant la fixation des tarifs provisoires, mais qu'elle ne l'avait pas fait. Dans ces circonstances, il aurait été inapproprié que le CRTC examine le rapport de CableLabs à ce moment-là. C'est dans ce contexte que le Conseil a déclaré qu'il tiendrait compte du rapport lorsqu'il établirait les tarifs définitifs.

[165] Les conclusions du Conseil étaient claires. Eastlink n'avait pas fourni d'éléments de preuve étayant ses FU propres à l'entreprise lors de l'instance de fixation des tarifs provisoire et le dépôt de ces éléments de preuve dans le cadre de sa demande de révision et de modification n'a pas remédié à cette omission. Cependant, le rapport pouvait être déposé lors de la procédure visant l'établissement des tarifs définitifs. Le CRTC n'a formulé aucune observation sur le contenu du rapport. Le CRTC ne s'est pas formellement engagé à adopter le rapport de CableLabs dans l'ordonnance fixant les tarifs définitifs.

[166] Dans son rapport, CableLabs a utilisé la définition des FU qu'ont proposée les appelantes, mais que n'a pas retenue le Conseil (voir le rapport, dossier d'appel, onglet 119A(I), paragraphe 52). Le Conseil a rejeté le rapport de CableLabs parce qu'il se fondait sur une définition incorrecte des FU.

viii. Les installations de fibre de segmentation

[167] Les installations de segmentation amènent divers services, comme la télévision et l'Internet, jusqu'aux utilisateurs finaux.

[168] Les câblodistributeurs ont fait valoir que le Conseil devrait abandonner la méthode du facteur de coût technologique prévue à la section 3-43 du manuel

to be used to estimate segmentation fibre facility costs. Instead, the Cable Carriers advocated use of the replacement cost approach (TO 2019-288, paragraphs 120 and 124).

[169] The Commission rejected the request of the Cable Carriers [paragraphs 130 and 131]:

The Commission considers that the use of this approach, as proposed, is not appropriate, given that fibre facilities are shared among different services. As per the Manual, a cost factor approach is an appropriate method to use to estimate the costs for such facilities.

With respect to the capacity of segmentation fibre facilities, the Commission is of the view that once they are deployed to a given node, no further augmentation of the deployed fibre facilities is required since the fibre's capacity to serve a given node is, in practice, not subject to exhaustion. Accordingly, the capacity of a given segmentation fibre facility to provision an optical node cannot be said to be limited.

[170] During the course of the rate-setting proceeding the CRTC sought submissions about the appropriateness of estimating the costs for segmentation fibre facilities using the technology cost factor in place of the Cable Carriers' proposed approach (March 2, 2018, Request for Information, appeal book, tab 109D, pages 24, 33, 43–44, and 54). The Commission received and considered the submissions it received in response.

[171] The Cable Carriers' assertion that the Commission ignored evidence is unfounded. Their real complaint is with how the CRTC interpreted and applied the facts before it.

#### ix. Coaxial cable facilities

[172] In *Terms and rates approved for large cable carriers' high speed access service* (21 August 2000), Order CRTC 2000-789 (Order 2000-789), the Commission determined that it is appropriate to use a proxy monthly cost of \$0.152 per channel, per subscriber, to estimate

d'études économiques réglementaires pour l'estimation des coûts des installations de fibre de segmentation. Les câblodistributeurs ont plutôt préconisé l'utilisation de la méthode de la valeur à neuf (l'OT 2019-288, paragraphes 120 et 124).

[169] Le Conseil a rejeté la demande des câblodistributeurs [paragraphes 130 et 131] :

Le Conseil estime que l'utilisation de cette méthode, telle qu'elle est proposée, n'est pas appropriée étant donné que les installations de fibre sont partagées entre différents services. Selon le Manuel, il est approprié d'utiliser une méthode de facteur des coûts pour estimer les coûts de ces installations.

En ce qui concerne la capacité des installations de fibres de segmentation, le Conseil est d'avis qu'une fois que les installations de fibres ont été déployées dans un nœud donné, il n'est plus nécessaire de les agrandir, puisque la capacité des fibres d'approvisionner un nœud donné n'est pas, en pratique, sujette à l'épuisement. On ne peut donc pas considérer qu'une installation de fibres de segmentation donnée a une capacité limitée pour ce qui est d'approvisionner un nœud optique.

[170] Lors de la procédure d'établissement des tarifs, le CRTC a sollicité des observations sur la question de savoir s'il convenait d'estimer les coûts des installations de fibre de segmentation en utilisant le facteur de coût technologique plutôt qu'en utilisant la méthode proposée par les câblodistributeurs (demande de renseignements du 2 mars 2018, dossier d'appel, onglet 109D, pages 24, 33, 43, 44 et 54). Le Conseil a reçu des observations en réponse et les a examinées.

[171] L'affirmation des câblodistributeurs selon laquelle le Conseil n'a pas tenu compte d'éléments de preuve n'est pas fondée. Ils contestent en réalité la façon dont le CRTC a interprété et appliqué les faits dont il était saisi.

#### ix. Les installations de câbles coaxiaux

[172] Dans l'ordonnance *Modalités et tarifs approuvés pour le service d'accès grande vitesse des grandes entreprises de câblodistribution* (21 août 2000), Ordonnance CRTC 2000-789, le Conseil a conclu qu'il y avait lieu d'utiliser un coût mensuel de substitution de

the cost associated with coaxial cable facilities. This rate was meant to reflect the relevant cost categories of depreciation, operating expenses and rate of return. In the rate-setting proceeding at issue, the Cable Carriers submitted that the use of this proxy was no longer appropriate because the information and data used to calculate the proxy was outdated.

[173] The Commission's analysis and conclusions are set out in paragraphs 112 through 116 of its reasons:

The capacity costing approach is generally used when the use of existing shared facilities results in the advancement of future relief of facilities.

With respect to existing coaxial facilities, there is no cost of advancement. This is due to the fact that when wholesale HSA and retail Internet services make use of the facilities, relief is provided by segmenting the facilities. Accordingly, the Commission considers that it is not appropriate to use the capacity costing approach to estimate the costs of existing coaxial facilities.

With regard to the cable carriers' concerns regarding the use of outdated cost information in the proxy approach, the Commission considers that updated cost information should be used to reflect the forward-looking, company-specific costs for existing coaxial facilities.

With respect to estimating existing coaxial facility costs, the Commission determines that, subject to what follows, it is reasonable to include forward-looking coaxial facility costs associated with the same cost categories as before. The cable carriers provided the depreciation and operating expenses for coaxial facility costs, and the Commission has used these amounts to estimate the coaxial facility costs. The Commission determines, however, that it is not appropriate to include a specific category to account for a rate of return given that the after-tax weighted average cost of capital (AT-WACC) takes into consideration the rate of return.

0,152 \$ par voie, par abonné, pour estimer le coût associé aux installations de câbles coaxiaux. Ce tarif était censé représenter les catégories de coûts pertinentes que sont l'amortissement, les charges d'exploitation et le taux de rendement. Dans la procédure d'établissement des tarifs en l'espèce, les câblodistributeurs ont fait valoir qu'il ne convenait plus d'utiliser ce substitut, car les renseignements et les données utilisés pour le calculer étaient désuets.

[173] Le Conseil expose son analyse et ses conclusions aux paragraphes 112 à 116 de ses motifs :

La méthode de calcul des coûts relatifs à la capacité est généralement utilisée lorsque l'utilisation d'installations partagées existantes entraîne le devancement de l'allègement futur des installations.

En ce qui concerne les installations coaxiales existantes, il n'y a pas de coûts de devancement. Cette situation est due au fait que, lorsque des services AHV de gros et des services Internet de détail sont offerts par ces installations, l'allègement est assuré par la segmentation des installations. Par conséquent, le Conseil estime qu'il n'est pas approprié d'utiliser la méthode de calcul des coûts relatifs à la capacité pour estimer les coûts des installations de câbles coaxiaux existantes.

En ce qui a trait aux préoccupations des entreprises de câblodistribution concernant l'utilisation de renseignements désuets sur les coûts dans l'approche de substitution, le Conseil estime que des renseignements à jour sur les coûts devraient être utilisés pour refléter les coûts prospectifs propres à la compagnie des installations de câbles coaxiaux existantes.

En ce qui concerne l'estimation des coûts des installations de câbles coaxiaux existantes, le Conseil conclut que, sous réserve de ce qui suit, il est raisonnable d'inclure les coûts prospectifs des installations de câbles coaxiaux associés aux mêmes catégories de coûts qu'auparavant. Les entreprises de câblodistribution ont fourni l'amortissement et les dépenses d'exploitation pour les coûts des installations de câbles coaxiaux, et le Conseil a utilisé ces montants pour estimer les coûts des installations de câbles coaxiaux. Le Conseil détermine toutefois qu'il n'est pas approprié d'inclure une catégorie précise pour tenir compte d'un taux de rendement, étant donné que le coût du capital à moyenne pondérée après impôt (CCMP-AI) prend en considération le taux de rendement.

With respect to estimating new coaxial facility costs, the Commission determines that it is appropriate to do so based on an average cost for provisioning coaxial facilities per new home passed during the cost study period. [Footnote omitted.]

(a) The appellants' submissions

[174] The Cable Carriers state that the relevant Manuals mandate the use of the "capacity costing" methodology to estimate costs associated with shared facilities such as coaxial cable facilities. They complain, however, that the CRTC rejected the use of the capacity costing approach for determining the cost associated with their coaxial cable facilities. Instead, they submit that the Commission "applied a novel and unwarranted methodology that involved estimating these costs based on depreciation and operating expenses" (memorandum of fact and law, paragraph 42). Moreover, the CRTC did not request submissions concerning the appropriateness of using the information solicited from them to estimate the costs associated with their coaxial cable facilities.

[175] This submission fails to distinguish between the Commission's determinations with respect to existing and new coaxial facilities.

(b) Context

[176] At paragraph 112 of its reasons the CRTC confirmed that capacity costing is generally used when the use of existing shared facilities results in the advancement of future relief of facilities. However, in the case of existing coaxial facilities the Commission determined that there was no cost advancement because while segmentation requires the addition of an optical node along with fibre facilities, no additional coaxial facilities are required.

En ce qui a trait à l'estimation des coûts des nouvelles installations de câbles coaxiaux, le Conseil estime qu'il est approprié de réaliser cette estimation en se fondant sur le coût moyen de la mise en place d'installations de câbles coaxiaux par nouveau foyer desservi pendant la période de l'étude de coûts. [Note en bas de page omise.]

a) Les observations des appelantes

[174] Les câblodistributeurs soutiennent que les manuels pertinents imposent qu'on utilise la méthode du « calcul des coûts relatifs à la capacité » pour estimer les coûts associés aux installations communes telles que les installations de câbles coaxiaux. Toutefois, ils contestent le fait que le CRTC n'ait pas retenu la méthode des coûts relatifs à la capacité pour déterminer le coût associé à leurs installations de câbles coaxiaux. Ils affirment que le Conseil a plutôt [TRADUCTION] « appliqué une méthode nouvelle et injustifiée qui consistait à estimer ces coûts à partir de l'amortissement et des dépenses d'exploitation » (mémoire des faits et du droit, au paragraphe 42). De plus, le CRTC n'a pas sollicité d'observations sur la question de savoir s'il convenait d'utiliser les renseignements demandés aux câblodistributeurs pour estimer les coûts associés à leurs installations de câbles coaxiaux.

[175] Cette observation ne fait pas de distinction entre les conclusions du Conseil relatives aux installations de câbles coaxiaux existantes et celles relatives aux nouvelles installations.

b) Le contexte

[176] Au paragraphe 112 de ses motifs, le CRTC a confirmé que la méthode du calcul des coûts relatifs à la capacité est généralement utilisée lorsque l'utilisation d'installations communes existantes entraîne le devancement de l'allègement futur des installations. Toutefois, le Conseil a déterminé que, dans le cas d'installations de câbles coaxiaux existantes, il n'y avait pas d'augmentation des coûts, car, bien que la segmentation nécessite l'ajout d'un nœud optique en plus des installations de fibre, aucune installation de câbles coaxiaux supplémentaire n'est nécessaire.

[177] The Commission did not reject the application of capacity costing to new coaxial facilities (TO 2019-288, paragraph 113 and footnote 20).

(c) Analysis

[178] As to the assertion that the Commission applied a “novel and unwarranted methodology”, the Commission confirmed that it included depreciation and operating expense amounts provided by the Cable Carriers to estimate coaxial facility costs. The Commission did not include an allowance for a rate of return because, in its view, another calculation takes into account the rate of return (TO 2019-288, paragraph 115). This does not constitute a “novel and unwarranted methodology”. The duplicative element of rate of return was simply removed from the relevant cost categories considered when estimating the cost associated with coaxial cable facilities.

[179] The Cable Carriers have not demonstrated any breach of procedural fairness.

x. Annual development costs

[180] In the rate-setting proceeding below, Rogers sought annual development costs associated with its aggregated wholesale HSA service and annual development costs associated with its wholesale HSA and retail Internet services (TO 2019-288, paragraph 181). At paragraphs 182 and 183 of its decision, the CRTC disallowed most of these costs for the following reasons:

With respect to annual development costs causal to aggregated wholesale HSA service, development costs are normally incurred only at the beginning of the study period. The Commission considers that RCCI did not provide sufficient evidence to support ongoing development costs. Accordingly, the Commission has excluded RCCI’s development costs from year two and beyond in its cost studies.

With respect to the separate annual development costs associated with its wholesale HSA and retail Internet services, RCCI did not provide evidence that these initiatives

[177] Le Conseil n’a pas rejeté l’application de la méthode du calcul des coûts relatifs à la capacité aux nouvelles installations de câbles coaxiaux (l’OT 2019-288, paragraphe 113 et note de bas de page 20).

c) Analyse

[178] Quant à l’affirmation selon laquelle le Conseil a appliqué une [TRADUCTION] « méthode nouvelle et injustifiée », le Conseil a confirmé qu’il a inclus les montants pour l’amortissement et les dépenses d’exploitation fournis par les câblodistributeurs pour estimer les coûts des installations de câbles coaxiaux. Le Conseil n’a pas inclus le taux de rendement, car, selon lui, un autre calcul tient compte du taux de rendement (l’OT 2019-288, paragraphe 115). Il ne s’agit pas là d’une [TRADUCTION] « méthode nouvelle et injustifiée ». L’élément redondant qu’est le taux de rendement a simplement été supprimé des catégories de coûts pertinentes servant à estimer le coût associé aux installations de câbles coaxiaux.

[179] Les câblodistributeurs n’ont pas démontré l’existence d’un manquement à l’équité procédurale.

x. Les coûts annuels de développement

[180] Dans la procédure d’établissement des tarifs, Rogers a demandé qu’il soit tenu compte des coûts de développement annuels liés à son service d’AHV de gros groupé et des coûts de développement annuels liés à ses services d’AHV de gros et ses services Internet de détail (l’OT 2019-288, paragraphe 181). Aux paragraphes 182 et 183 de sa décision, le CRTC a choisi de ne pas prendre en compte la plupart de ces coûts, pour les motifs suivants :

En ce qui concerne les coûts de développement annuels découlant du service AHV de gros groupé, les coûts de développement ne sont normalement engagés qu’au début de la période d’étude. Le Conseil estime que RCCI n’a pas fourni suffisamment d’éléments de preuve à l’appui des coûts de développement actuels. Il a donc exclu les coûts de développement de RCCI de la deuxième année et des années suivantes dans ses études de coûts.

En ce qui concerne les coûts de développement annuels distincts associés à ses services AHV de gros et à ses services Internet de détail, RCCI n’a pas fourni d’éléments

are causal to the provisioning of wholesale HSA service. Therefore, the Commission has excluded these development costs from RCCI's cost studies.

(a) The appellants' submissions

[181] Rogers now argues that the relevant Manual only requires the provision of detailed supporting evidence in respect of items that account for 20 percent or more of the total cost sought to be recovered through a proposed rate and the proposed annual development costs represented less than 5 percent of its total estimated costs. Rogers further complains that the CRTC did not give notice that it required additional evidence supporting Rogers' proposal to recover annual development costs.

(b) Context

[182] The applicable Regulatory Economic Studies Manual does state that detailed cost information is required for key reporting cost categories only. One exemplar of a key reporting cost category is expressed to be cost categories whose cost is equal to or greater than 20 percent of the total service cost. However, in *Regulatory Policy – Review of certain Phase II costing issues* (21 February 2008), Telecom Decision CRTC 2008-14 (TD 2008-14) the Commission determined that expenses associated with development activities that are not causal to a service are fixed common expenses and are to be excluded from regulatory economic studies (Appendix 1, paragraph 13). Rogers has not established that the quantum of the development costs relieves it from the initial burden of proving that the costs were causal to the provision of services and not a fixed common expense.

(c) Analysis

[183] I see no breach of procedural fairness in requiring Rogers to demonstrate that claimed costs were causal to the provision of a service.

de preuve indiquant que ces initiatives sont causales de la prestation des services AHV de gros. Le Conseil a donc exclu ces coûts de développement des études de coûts de RCCI.

a) Les observations des appelantes

[181] Rogers soutient maintenant que le manuel pertinent exige seulement la production d'éléments de preuve détaillés pour les composantes qui représentent 20 p. 100 ou plus du coût total que l'on cherche à recouvrer au moyen d'un tarif proposé et que les coûts de développement annuels proposés représentaient moins de 5 p. 100 du total de ses coûts estimés. Rogers affirme en outre que le CRTC n'a pas donné avis qu'il exigeait des éléments de preuve supplémentaires à l'appui de sa proposition de recouvrer les coûts de développement annuels.

b) Le contexte

[182] Le manuel d'études économiques réglementaires applicable prévoit que des renseignements détaillés sur les coûts sont requis seulement pour les principales catégories de coûts rapportées. On y dit que les principales catégories de coûts rapportées sont les catégories de coût dont le coût est égal ou supérieur à 20 p. 100 du coût total du service. Toutefois, dans l'*Examen de certaines questions liées à l'établissement des coûts de la Phase II* (21 février 2008), Décision de télécom CRTC 2008-14, le Conseil a conclu que les dépenses associées aux activités de développement qui ne sont pas causales sont des dépenses courantes fixes et doivent être exclues des études économiques réglementaires (annexe 1, paragraphe 13). Rogers n'a pas établi qu'en raison du montant des coûts de développement, le fardeau initial de prouver que les coûts étaient liés à la fourniture de services et non à des dépenses courantes fixes ne lui incomrait plus.

c) Analyse

[183] Je ne vois aucun manquement à l'équité procédurale dans le fait d'exiger de Rogers qu'elle démontre que les coûts qu'elle cherchait à recouvrer étaient causals à la fourniture d'un service.



xi. Conclusion on procedural fairness and arbitrary decision-making

[184] The appellants have not demonstrated any error of law or jurisdiction arising out of any breach of procedural fairness or arbitrary decision-making. Their concerns center in largest part on the methods chosen by the Commission and the Commission's conclusions when it applied those methods to the evidence before it. The Commission may adopt and apply any method it considers appropriate for determining rates (Act, subsection 27(5); *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764 [cited above], at paragraph 40; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147, at paragraph 81). The proper avenue of recourse lies with the Commission itself by way of a request for reconsideration or by way of an appeal to the Governor in Council.

7. Do the reasons of the CRTC fail to comply with a legislative reasons requirement?

[185] Subparagraph 1(b)(i) of the Cabinet Direction provides:

**1** In exercising its powers and performing its duties under the *Telecommunications Act*, the ... Commission ... shall implement the Canadian telecommunications policy objectives set out in section 7 of that Act, in accordance with the following:

...

**(b)** the Commission, when relying on regulation, should use measures that satisfy the following criteria, namely, those that

**(i)** specify the telecommunications policy objective that is advanced by those measures and demonstrate their compliance with this Order.[Underlining added.]

[186] The appellants assert that:

- This provision imposes a further jurisdictional limit on the Commission. It is an independent

xi. Conclusion sur l'équité procédurale et le caractère arbitraire de la décision

[184] Les appelantes n'ont démontré l'existence d'aucune erreur de droit ou de compétence découlant d'un quelconque manquement à l'équité procédurale ou d'une quelconque décision arbitraire. Leurs réserves portent essentiellement sur les méthodes choisies par le Conseil et sur les conclusions qu'il a tirées après avoir appliqué ces méthodes aux éléments de preuve dont il disposait. Le Conseil peut adopter et appliquer la méthode qu'il estime appropriée pour déterminer les tarifs (Loi, paragraphe 27(5); *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764 [précitée], paragraphe 40; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147, paragraphe 81). Le recours approprié se trouve auprès du Conseil lui-même, au moyen d'une demande de réexamen ou d'un appel au gouverneur en conseil.

7. Le CRTC a-t-il fourni des motifs satisfaisant à une exigence légale quant aux motifs?

[185] Le sous-alinéa 1b)(i) des instructions du Cabinet est rédigé ainsi :

**1** Dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui lui confère la *Loi sur les télécommunications*, le Conseil [...] doit mettre en œuvre la politique canadienne de télécommunication énoncée à l'article 7 de cette loi selon les principes suivants :

[...]

**b)** lorsqu'il a recours à la réglementation, il devrait prendre des mesures qui satisfont aux exigences suivantes :

**(i)** préciser l'objectif qu'elles visent et démontrer leur conformité avec le présent décret. [Non souligné dans l'original.]

[186] Les appelantes soutiennent ce qui suit :

- Cette disposition restreint davantage la compétence du Conseil. Il s'agit d'une erreur de compétence

jurisdictional error for the CRTC to give reasons that do not comply with the mandatory obligation to specify the objectives advanced by regulatory measures and demonstrate compliance with the Cabinet Direction.

- The Commission’s reasons are noncompliant in that they: (i) devote only a single sentence to the telecommunications policy objectives the decision purports to advance; (ii) fail to explain how the decision will advance these objectives; (iii) make no effort to explain how the decision can be reconciled with the numerous policy objectives it will undermine; and, (iv) do not demonstrate how or why the asserted policy objectives will be advanced.
- In order to demonstrate that the regulatory measures imposed by it complied with the Cabinet Direction, the Commission was obliged to explain how the measures: (i) were efficient and proportionate to their purpose and interfered with the operation of competitive market forces only to the minimum extent necessary; (ii) neither deterred economically efficient competitive entry into the market nor promoted economically inefficient entry; and, (iii) ensured the technological and competitive neutrality of the wholesale network access regime, to the greatest extent possible, so as to enable competition from new technologies and not artificially favour either Canadian carriers or their competitors.

[187] The respondents argue that:

- Neither the Cabinet Direction nor the Act requires the Commission to enumerate policy objectives in every decision—the use of the word “should” in subparagraph 1(b)(i) of the Cabinet Direction simply encourages the Commission to specify the objective and demonstrate compliance but does not require it.

distincte pour le CRTC de fournir des motifs qui ne respectent pas l’obligation que lui impose la Loi de préciser les objectifs visés par les mesures réglementaires et de démontrer la conformité des mesures avec le décret.

- Les motifs du Conseil ne sont pas conformes pour les raisons suivantes : (i) une seule phrase est consacrée aux objectifs de la politique de télécommunication que la décision est censée viser; (ii) la façon dont la décision contribuera à la réalisation de ces objectifs n’y est pas expliquée; (iii) on ne tente aucunement d’y expliquer la façon dont la décision peut être conciliée avec les nombreux objectifs de la politique auxquels elle nuira; (iv) il n’y est pas démontré comment ni pourquoi les objectifs énoncés de la politique seront réalisés.
- Afin de démontrer que les mesures réglementaires qu’il a imposées étaient conformes aux instructions du Cabinet, le Conseil était tenu d’expliquer la façon dont ces mesures : (i) étaient efficaces et proportionnées à leur objectif et intervenaient le moins possible dans le jeu des forces concurrentielles du marché; (ii) ne décourageaient pas un accès au marché qui est propice à la concurrence et qui est efficace économiquement et n’encourageaient pas un accès au marché qui est non-efficace économiquement; (iii) en ce qui concerne le régime d’accès de gros au réseau, donnaient lieu, dans toute la mesure du possible, à un régime neutre sur le plan de la technologie et de la concurrence, pour ne pas favoriser artificiellement les entreprises canadiennes ou leurs concurrents.

[187] Les intimés soutiennent ce qui suit :

- Ni les instructions du Cabinet ni la Loi n’exigent que le Conseil énonce les objectifs de la politique dans chaque décision — l’utilisation du mot « devrait » au sous-alinéa 1b)(i) des instructions du Cabinet encourage simplement le Conseil à préciser l’objectif et à démontrer la conformité des mesures, mais ne l’exige pas.

- In any event, the Commission’s decision properly advances telecommunications policy objectives.

[188] The Court received competing submissions as to whether the Cabinet Direction imposed a mandatory, as opposed to a directory or permissive requirement. In my view, it is unnecessary to resolve this question. Assuming, without deciding, that the Commission was subject to a mandatory requirement to give reasons explaining its implementation of the telecommunications policy objectives set out in section 7 of the Act and show compliance with the Cabinet Direction, it did so. The reasons of the Commission properly read in light of its policy pedigree, the substantial record before the Commission and the submissions of the parties fulfilled any mandatory requirement. The reasons satisfactorily address the policy objectives and the arguments and issues raised by the parties. I reach this conclusion for the following reasons.

[189] To begin, I accept that the exercise of rate-setting consists of two distinct steps.

[190] First, the Commission must determine if there is a need to deviate from market forces and, if so, what regulatory measures are necessary. This step is consistent with the direction set out in subparagraph 1(a)(i) of the Cabinet Direction that when implementing Canadian telecommunications policy objectives the Commission “should ... rely on market forces to the maximum extent feasible”. This step primarily involves a policy function.

[191] The second step in the process is to determine the rates to be set. This is primarily a fact-finding function.

[192] I reviewed TO 2019-288’s policy pedigree in some detail above. The decisions that make up the pedigree show that the Commission was mindful throughout of its obligation to perform its duties with a view

- Quoi qu’il en soit, la décision du Conseil met bel et bien en œuvre les objectifs de la politique des télécommunications.

[188] La Cour a reçu des observations divergentes sur la question de savoir si les instructions du Cabinet imposaient une exigence obligatoire, par opposition à une ligne directrice ou à une autorisation. À mon avis, il n’est pas nécessaire de trancher cette question. À supposer, sans que l’on tire de conclusion en ce sens, que le Conseil ait eu l’obligation de fournir des motifs expliquant la façon dont il met en œuvre des objectifs de la politique de télécommunication énoncés à l’article 7 de la Loi et de démontrer la conformité des mesures aux instructions du Cabinet, c’est ce qu’il a fait. Les motifs du Conseil, s’ils sont correctement interprétés à la lumière des antécédents, du dossier sur le fond dont il disposait et des observations des parties, satisfaisaient à toute exigence. Les motifs font référence de manière satisfaisante aux objectifs de la politique et aux arguments et questions soulevés par les parties. J’en arrive à cette conclusion pour les motifs suivants.

[189] Pour commencer, je reconnais que l’exercice consistant à établir des tarifs comporte deux étapes distinctes.

[190] Tout d’abord, le Conseil doit déterminer s’il est nécessaire de s’écarter du libre jeu du marché et, le cas échéant, déterminer quelles mesures réglementaires sont nécessaires. Cette étape est conforme à la directive énoncée au sous-alinéa 1a)(i) des instructions au Cabinet, selon laquelle le Conseil, lorsqu’il met en œuvre les objectifs de la politique canadienne de télécommunication, « devrait se fier, dans la plus grande mesure du possible, au libre jeu du marché ». Cette étape concerne principalement une fonction liée à la politique.

[191] La deuxième étape du processus consiste à déterminer les tarifs. Il s’agit essentiellement d’une fonction de recherche de faits.

[192] J’ai examiné en détail plus haut les antécédents de l’OT 2019-288. Les décisions constituant ces antécédents montrent que le Conseil a toujours été conscient de son obligation de remplir ses fonctions de manière à

to implementing the policy objectives enumerated in section 7 of the Act and in accordance with the Cabinet Direction. Two of the Commission's TRPs are particularly relevant to the appellants' submissions.

[193] In TRP 2010-632 the CRTC required ILECs and Cable Carriers to offer certain high-speed access facilities as new wholesale services to competitors. The decision shows a focus on the use of market forces when possible and a focus on the three Cabinet obligations of proportionality, efficiency and neutrality. This is particularly evident at paragraphs 143 to 149 of the decision:

The Commission's determinations in this decision are based on the requirements of the Act, the Order in Council, and the Governor in Council's Policy Direction.

The regulatory measures under consideration in this decision are of an economic nature and deal with network access regimes. Therefore, subparagraphs 1(b)(ii) and (iv), paragraph 1(a), and subparagraph 1(b)(i) of the Policy Direction apply to the Commission's determinations.

Consistent with paragraph 1(a) of the Policy Direction, in all cases where the Commission has imposed regulatory requirements on the incumbents, it has done so because market forces cannot be relied upon to achieve the telecommunications policy objectives set out in section 7 of the Act, and it has adopted measures that are efficient and proportionate to their purpose.

The Commission considers that the policy objectives set out in paragraphs 7(a), (b), (c), (f), and (h) of the Act are advanced by the regulatory measures established in this decision. The Commission considers that the objective in paragraph 7(f) of the Act – to foster increased reliance on market forces and ensure that regulation, where required, is efficient and effective – is of particular relevance. The determinations in this decision aim to ensure that retail Internet service markets will remain competitive and continue to deliver high-quality services and respond to users' economic and social requirements.

mettre en œuvre les objectifs de la politique énumérés à l'article 7 conformément aux instructions du Cabinet. Deux des politiques réglementaires de télécom du Conseil sont particulièrement pertinentes eu égard aux observations des appelantes.

[193] Dans la PRT 2010-632, le CRTC a exigé des ESLT et des câblodistributeurs qu'ils offrent certaines installations d'accès haute vitesse comme nouveaux services de gros à des concurrents. La décision montre qu'il est porté attention au libre jeu du marché lorsque c'est possible ainsi qu'aux trois obligations imposées par le Cabinet, à savoir la proportionnalité, l'efficacité et la neutralité. Cela se voit particulièrement aux paragraphes 143 à 149 de la décision :

Les conclusions que le Conseil a tirées dans le cadre de la présente décision découlent des obligations qui lui incombent en vertu de la *Loi*, du décret et des instructions de la gouverneure en conseil.

Dans la présente décision, les mesures réglementaires que le Conseil a examinées sont de nature économique et concernent les régimes d'accès aux réseaux. Par conséquent, les conclusions que le Conseil a tirées sont en lien étroit avec les sous-alinéas 1b)(ii) et (iv), l'alinéa 1a) et le sous-alinéa b)(i) des Instructions.

Conformément à l'alinéa 1a) des Instructions, dans tous les cas où le Conseil a imposé des obligations réglementaires aux titulaires, il l'a fait parce que le libre jeu du marché ne permettait pas d'atteindre les objectifs de la politique énoncés à l'article 7 de la *Loi*, et il a adopté des mesures efficaces et proportionnelles à leur objectif.

Le Conseil estime que les objectifs réglementaires établis dans le cadre de la présente décision mettent de l'avant les objectifs de la politique énoncés aux alinéas 7a), 7 b), 7 c), 7f) et 7h) de la *Loi*. Il estime que l'objectif énoncé à l'alinéa 7f) de la *Loi* – soit de promouvoir le libre jeu du marché et d'assurer l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire – est particulièrement important. Les conclusions qu'il tire dans le cadre de la présente décision ont pour but de garantir que les marchés des services Internet demeureront concurrentiels et continueront d'offrir des services de qualité et de répondre aux besoins économiques et sociaux des utilisateurs.

To ensure that competition in retail Internet service markets, notably in the residential market, remains sufficient to protect the interests of users as service speeds increase, the Commission has modified the basis upon which ILECs may charge wholesale customers for the provision of new higher speed options for aggregated ADSL access services. It has also concluded that a speed-matching requirement is necessary for the ILECs' existing aggregated ADSL access services. The Commission has further concluded that changes to the cable carriers' TPIA services are required. Consistent with its finding in the essential services decision, the Commission considers that the provision of these wholesale services, as modified by this decision, neither deter economically efficient competitive entry into retail Internet service markets nor promote economically inefficient entry.

The Commission has also addressed the matter of equity for the incumbents' relevant wholesale obligations. It considers that its determinations in this decision ensure the technological and competitive neutrality of these obligations to the greatest extent possible, consistent with subparagraph 1(b)(iv) of the Policy Direction.

In applying the essential services framework on a forward-looking basis in this decision, the Commission has adopted a cohesive, forward-looking regulatory approach that provides appropriate incentives for continued investment in broadband infrastructure, promotes retail service competition, ensures equity for the incumbents' respective wholesale obligations, and does not unduly impair the ILECs' abilities to offer new converged services. [Underlining added; footnotes omitted.]

[194] Thereafter, the Commission issued TRP 2011-703. As explained above, in this decision the Commission considered how large telephone and cable companies should charge competitors for access to, and use of, their HSA wholesale services. The Commission explained [paragraphs 194 to 196] how rate-setting policy furthers the obligations set out in the Act and the Cabinet Direction:

Afin de garantir que la concurrence au sein des marchés des services Internet de détail, notamment du marché résidentiel, demeure suffisante pour protéger les intérêts des utilisateurs, en tenant compte de l'augmentation des vitesses des services, le Conseil a modifié le fondement en vertu duquel les ESLT peuvent imposer aux clients de gros des frais pour la fourniture des nouvelles options de vitesses pour les services d'accès groupé LNPA. Il a également conclu [*sic*] qu'une exigence de vitesse équivalente pour les services d'accès groupé LNPA actuels des ESLT est nécessaire. Le Conseil a, en outre, conclu que des modifications aux services AIT de câblodistributeurs sont également nécessaires. Conformément aux conclusions que le Conseil a tirées dans la décision portant sur les services essentiels, le Conseil estime que la fourniture de ces services de gros, tels qu'ils sont modifiés par la présente décision, ne décourage ni un accès aux marchés des services Internet de détail qui est propice à la concurrence et efficace sur le plan économique ni n'encourage un accès au marché inefficace sur le plan économique.

Le Conseil a également abordé la question de l'équité concernant les obligations des titulaires liées aux services de gros pertinents. Il estime que les conclusions de la présente décision garantissent la neutralité des obligations sur le plan de la technologie et de la concurrence, dans toute la mesure du possible, conformément au sous-alinéa 1b)(iv) des Instructions.

En appliquant de manière prospective, dans la présente décision, le cadre lié aux services essentiels, le Conseil a adopté une approche réglementaire cohérente, axée sur l'avenir, laquelle offre des incitatifs appropriés pour continuer d'investir dans l'infrastructure à large bande, favorise la concurrence sur le marché de détail, garantit l'équité à l'égard des obligations respectives des titulaires liées aux services de gros, et n'affecte pas indûment la capacité des ESLT d'offrir de nouveaux services convergents. [Non souligné dans l'original; notes de bas de page omises.]

[194] Par la suite, le Conseil a publié la PRT 2011-703. Comme je l'ai expliqué plus haut, dans cette décision, le Conseil a examiné la façon dont les grandes entreprises de câblodistribution et de téléphonie devraient facturer aux concurrents l'accès et l'utilisation de leurs services d'AHV de gros. Le Conseil a expliqué [paragraphes 194 à 196] la manière dont la politique d'établissement des tarifs contribue à la mise en œuvre des obligations énoncées dans la Loi et les instructions du Cabinet :

The regulatory measures under consideration in this decision are of an economic nature and deal with network access regimes. Therefore, subparagraph 1(a)(ii) and subparagraphs 1(b)(i), (ii), and (iv) of the Policy Direction apply to the Commission's decisions. Consistent with subparagraph 1(a)(ii) of the Policy Direction, in all cases where the Commission has imposed regulatory requirements on the incumbents, it has adopted measures that are efficient and proportionate to their purpose. In this regard, the Commission has approved billing models that are consistent with how the network providers plan and build their own networks and thus can be implemented with limited billing system changes.

Consistent with subparagraph 1(b)(i) of the Policy Direction, the Commission considers that the policy objectives set out in paragraphs 7(a), (b), (c), (f), and (h) of the Act are advanced by the regulatory measures established in this decision. The Commission also considers that the objective in paragraph 7(c) of the Act – to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications – is of particular relevance. This decision ensures that the retail Internet service market will remain competitive, thus allowing the delivery of high-quality services and responding to retail customers' economic and social requirements.

To ensure that competition in retail residential Internet service markets remains sufficient to protect the interests of retail customers as service speeds increase, the Commission has approved billing models that significantly increase flexibility as compared to a per-customer wholesale UBB model. These approved models enable independent service providers to design and price their retail services in the manner they find most appropriate for their retail customers. Consistent with its findings in the essential services decision (Telecom Decision 2008-17), the Commission considers that the provision of wholesale high-speed access services, according to the billing models and at the rates established in this decision, neither deters economically efficient competitive entry into retail Internet service markets nor promotes economically inefficient entry. [Underlining added; footnotes omitted.]

Dans la présente décision, les mesures réglementaires que le Conseil a examinées sont de nature économique et concernent les régimes d'accès aux réseaux. Par conséquent, le sous-alinéa 1a)(ii) et les sous-alinéas 1b)(i), 1b)(ii) et 1b)(iv) des Instructions s'appliquent aux décisions du Conseil. Conformément au sous-alinéa 1a)(ii) des Instructions, dans tous les cas où le Conseil a imposé des obligations réglementaires aux titulaires, il a adopté des mesures efficaces et proportionnelles aux buts visés. À cet égard, le Conseil a approuvé des modèles de facturation qui sont conformes à la façon dont les fournisseurs de réseaux planifient et construisent leurs propres réseaux, et qui peuvent donc être mis en œuvre sans que des changements considérables soient apportés aux systèmes de facturation.

Conformément au sous-alinéa 1b)(i) des Instructions, le Conseil estime que les mesures réglementaires établies dans la présente décision contribuent à l'atteinte des objectifs de la politique énoncés aux alinéas 7a), 7b), 7c), 7f) et 7h) de la Loi. Le Conseil estime également que l'objectif énoncé à l'alinéa 7c) de la Loi – accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes – est particulièrement pertinent. La présente décision garantit que le marché des services Internet de détail demeurera concurrentiel, permettant ainsi d'offrir des services de qualité et de répondre aux besoins économiques et sociaux des clients de détail.

Afin de garantir que la concurrence au sein des marchés des services Internet de résidence de détail demeure suffisante pour protéger les intérêts des clients, en tenant compte de l'augmentation des vitesses des services, le Conseil a approuvé des modèles de facturation permettant d'accroître considérablement la marge de manœuvre comparativement au modèle de facturation à l'utilisation de gros par client. Ces modèles approuvés permettent aux fournisseurs de services indépendants de concevoir leurs services de détail de la façon qui, selon eux, convient le mieux à leurs clients de détail et d'en établir le prix. Conformément aux conclusions énoncées dans la décision portant sur les services essentiels (décision de télécom 2008-17), le Conseil estime que la fourniture de services d'accès à haute vitesse de gros, en fonction du modèle de facturation et aux tarifs établis dans la présente décision, ne décourage ni un accès aux marchés des services Internet de détail qui est propice à la concurrence et efficace sur le plan économique ni n'encourage un accès au marché inefficace sur le plan économique. [Non souligné dans l'original; notes de bas de page omises.]



[195] In light of these TRPs, and the other decisions reviewed above, it is understandable that the Commission did not see the need to further elaborate upon its application of the policy objectives that apply generally to the provision of wholesale HSA services.

[196] This said, I accept that at the second step of the rate-setting process more is involved than simple math. Issues touching upon telecommunications policy objectives must also be decided at the second step of the process. However, again I am satisfied that the Commission's reasons are adequate. The Commission was plainly alive to the policy objectives the appellants sought to advance and it responded to those submissions.

[197] To illustrate, the appellants, including Bell, made submissions expressly referencing the Cabinet Direction and the potential for the rate-setting decision to undermine the policy objectives set out in section 7 of the Act. Bell argued that substantial rate cuts, and any retroactive adjustment, would undermine its network and infrastructure investments. In its May 18, 2018 response to a request for information Bell submitted to the CRTC that:

... [T]o have the Commission change the rates, especially the wholesale rates, part way through the 10-year period that the related costs were based on, will deprive us of the opportunity to recover our up-front costs. It is a departure from the basic arrangement, under which we invest and the Commission gives as a reasonable opportunity to recover that investment.

This is especially the case with a risk of retroactivity. We estimate that the cumulative financial impact of the adjustments based on the RFIs the Commission is asking just on GAS-FTTN access and GAS-CBB from April 2016 until the end of this year would be over #, let alone the impact on a going forward basis. To put the estimated impact of retroactivity into perspective, we recently-announced our investment of more than \$100 million to fully fund deployment of our all-fibre optic network to approximately 60,000 homes and business

[195] À la lumière de ces PRT et des autres décisions examinées plus haut, il est concevable que le Conseil n'ait pas jugé nécessaire d'expliquer en détail la façon dont il mettait en œuvre les objectifs de la politique généralement applicables à la fourniture de services d'AHV de gros.

[196] Cela dit, je reconnais que la deuxième étape du processus d'établissement des tarifs ne se résume pas à de simples calculs mathématiques. Des questions touchant aux objectifs de la politique de télécommunication doivent également être tranchées lors de la deuxième étape du processus. Cependant, je conclus encore une fois que les motifs du Conseil sont adéquats. Le Conseil a manifestement porté attention aux objectifs de la politique que les appelantes visaient et elle a répondu à ces observations.

[197] Par exemple, les appelantes, dont Bell, ont présenté des observations faisant expressément référence aux instructions du Cabinet et à la possibilité que la décision établissant les tarifs nuise à la mise en œuvre des objectifs de la politique énoncés à l'article 7 de la Loi. Bell a fait valoir que, si les tarifs étaient considérablement réduits ou si des ajustements étaient apportés rétroactivement, ses investissements dans les réseaux et les infrastructures seraient compromis. Dans sa réponse du 18 mai 2018 à une demande de renseignements, Bell a affirmé ce qui suit au CRTC :

[TRADUCTION] [...] si le Conseil modifiait les tarifs, en particulier les tarifs de gros, au milieu de la période de dix ans sur laquelle les coûts connexes étaient basés, nous serions privés de la possibilité de recouvrer nos coûts initiaux. Il s'agit d'une dérogation à l'entente de base, conformément à laquelle nous faisons des investissements et que le Conseil a consentie afin de nous donner une possibilité raisonnable de recouvrer ces investissements.

C'est d'autant plus vrai lorsqu'il y a un risque de rétroactivité. Nous estimons que les répercussions financières cumulatives des ajustements fondés sur les demandes de renseignements que le Conseil demande uniquement sur l'accès au SAP-FTTN et au SAP-FFC d'avril 2016 jusqu'à la fin de cette année seraient supérieures à #, sans parler des répercussions futures. Pour mettre en perspective les répercussions estimées de la rétroactivité, nous avons récemment annoncé un investissement de plus de 100 millions de dollars pour financer complètement

locations throughout the city of Oshawa, Ontario (one of many important FTTP deployments that we are currently moving forward with). There can be no doubt that even a one-time # retroactive adjustment would prevent us from funding, regardless of the strength of the business case, the next Oshawa. [Underlining added.]

[198] Bell argues that, notwithstanding its submissions, the Commission chose to reduce wholesale HSA rates retroactively and dramatically without any explanation as to why doing so would “promote innovation, competitiveness or access to high speed networks for rural Canadians” (memorandum of fact and law, paragraph 68).

[199] Contrary to Bell’s submission, the Commission understood and directed its mind to the policy arguments advanced by Bell. At paragraph 316 of TO 2019-288 the Commission summarized the arguments in the following terms:

Bell Canada submitted that the rates will have been interim for approximately two years by the time the Commission issues a decision on the final rates, and that during that time, industry participants were making investment and marketing decisions based on the interim rates and their individual expectations of how rates may evolve over time.

[200] However, on its appreciation of the evidentiary record the Commission rejected Bell’s submission for the following reasons [paragraphs 327 to 331]:

In Telecom Decision 2016-117, the Commission adopted a simplified cost-based approach to setting wholesale HSA service rates and made determinations that affected certain components of the cost studies used in setting those rates. In recognition of these changes, the Commission (i) directed the wholesale HSA service providers to file revised cost studies for their wholesale HSA services that incorporated these changes, and (ii) made interim, as of the date of that decision, all wholesale HSA service rates that had previously been approved on a final basis.

In addition, the Commission stated, in both Telecom Decision 2016-117 and Telecom Order 2016-396, that it would assess the extent to which, if at all, retroactive rates

le déploiement de notre réseau entièrement en fibre optique dans environ 60 000 foyers et entreprises de la ville d’Oshawa, en Ontario (l’un des nombreux déploiements importants de FTTP que nous sommes en train de réaliser). Il ne fait aucun doute que même un unique ajustement rétroactif de # nous empêcherait de financer, quelle que soit la solidité de l’analyse de rentabilité, le prochain projet de cette envergure. [Non souligné dans l’original.]

[198] Bell fait valoir que, malgré ses observations, le Conseil a choisi de réduire les tarifs de services d’AHV de gros de façon rétroactive et draconienne, sans expliquer pourquoi une telle mesure [TRADUCTION] « favoriserait l’innovation, la concurrence ou l’accès aux réseaux à haute vitesse pour les Canadiens des régions rurales » (mémoire des faits et du droit, au paragraphe 68).

[199] Contrairement à ce que soutient Bell, le Conseil a compris et analysé les arguments relatifs à la politique avancés par Bell. Au paragraphe 316 de l’OT 2019-288, le Conseil a résumé les arguments dans les termes suivants :

Bell Canada a fait valoir que les tarifs auront été provisoires pendant environ deux ans au moment où le Conseil rendra sa décision sur les tarifs définitifs et que, pendant cette période, les participants de l’industrie prenaient des décisions d’investissement et de commercialisation en fonction des tarifs provisoires et de leurs prévisions individuelles quant à l’évolution possible des tarifs.

[200] Toutefois, après avoir apprécié les éléments de preuve au dossier, le Conseil n’a pas retenu les observations de Bell pour les motifs suivants [paragraphes 327 à 331] :

Dans la décision de télécom 2016-117, le Conseil a adopté une approche simplifiée fondée sur les coûts pour l’établissement des tarifs des services AHV de gros et a pris des décisions qui ont eu une incidence sur certains éléments des études de coûts utilisées pour établir ces tarifs. En reconnaissance de ces changements, le Conseil (i) a ordonné aux fournisseurs de services AHV de gros de déposer des études de coûts révisées pour leurs services AHV de gros qui intégraient ces changements et (ii) a rendu provisoire tous les tarifs de services AHV de gros qui avaient déjà été approuvés de manière définitive.

De plus, le Conseil a indiqué, dans la décision de télécom 2016-117 et dans l’ordonnance de télécom 2016-396, qu’il évaluerait dans quelle mesure les tarifs rétroactifs

would apply when it set wholesale HSA service rates on a final basis.

The Commission considers that to the extent that the interim rates for aggregated wholesale HSA services were based on inappropriate costs and assumptions, those rates are not just and reasonable. Consequently, retroactive application of the final rates is necessary to ensure that wholesale HSA service providers use just and reasonable rates.

The Commission considers, however, that it would not be appropriate to apply rates for the aggregated wholesale HSA services resulting from this proceeding retroactively to a date that is earlier than those captured by the study periods that have informed this proceeding. This is due to the fact that the cost studies submitted in support of the proposed rates, and upon which the Commission is establishing tariffed rates, are based on assumptions that reflect the technologies, costs, and demand for the services over the study period.

In light of the above, the Commission determines that the final rates for aggregated wholesale HSA services should apply retroactively as of 31 March 2016 for Bell Canada, Bell MTS, Cogeco, Eastlink, SaskTel, TCI, and Videotron. [Underlining added.]

[201] The reasons of the Commission were adequate. Bell's submission that the reasons did not address policy objectives could not succeed in light of the Commission's conclusion that the existing, interim rates were based upon "inappropriate costs and assumptions" [paragraph 329] that had resulted in rates that were not just and reasonable.

[202] A second illustration relates to the Commission's determination about whether a supplementary markup should be maintained. By way of background, as previously explained, when the Commission establishes a rate for a wholesale service it typically adds a percentage markup to the cost of the service. The markup is intended to contribute to the recovery of the carrier's fixed and common costs. In TRP 2010-632, the Commission recognized that significant up-front investment was required to construct the facilities that the ILECs used to provide new higher-speed wholesale service options over fibre facilities (referred to as FTTN facilities). Therefore, the rate for those services included, in

s'appliqueraient, le cas échéant, lorsqu'il fixerait les tarifs des services AHV de gros de manière définitive.

Le Conseil estime que, dans la mesure où les tarifs provisoires pour les services AHV de gros groupés étaient fondés sur des coûts et des hypothèses inappropriés, ces tarifs ne sont pas justes et raisonnables. Par conséquent, l'application rétroactive des tarifs définitifs est nécessaire pour s'assurer que les fournisseurs de services AHV de gros utilisent des tarifs justes et raisonnables.

Le Conseil estime toutefois qu'il ne serait pas approprié d'appliquer rétroactivement les tarifs de services AHV de gros groupés découlant de la présente instance à une date antérieure à celles visées par les périodes d'étude sur lesquelles est fondée la présente instance. En effet, les études de coûts présentées à l'appui des tarifs proposés, et sur lesquelles le Conseil établit les tarifs, sont fondées sur des hypothèses qui reflètent les technologies, les coûts et la demande des services au cours de la période visée par l'étude.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil détermine que les tarifs définitifs pour les services AHV de gros groupés devraient s'appliquer rétroactivement au 31 mars 2016 pour Bell Canada, Bell MTS, Cogeco, Eastlink, SaskTel, TCI et Vidéotron. [Non souligné dans l'original.]

[201] Les motifs du Conseil étaient adéquats. Les observations de Bell selon lesquelles les motifs faisaient abstraction des objectifs de la politique ne peuvent pas être retenues, compte tenu de la conclusion du Conseil [paragraphe 329] selon laquelle les tarifs provisoires existants étaient fondés sur des « coûts et des hypothèses inappropriés » qui avaient donné lieu à des tarifs qui n'étaient pas justes et raisonnables.

[202] Un second exemple est la décision du Conseil sur la question de maintenir ou non une majoration supplémentaire. Comme il est expliqué plus haut, lorsque le Conseil établit un tarif pour des services de gros, il ajoute généralement un pourcentage de majoration au coût du service. La majoration a pour but d'aider au recouvrement des coûts fixes et courants de l'entreprise. Dans la PRT 2010-632, le Conseil a reconnu que des investissements initiaux importants étaient nécessaires pour construire les installations que les ESLT utilisent pour fournir de nouvelles options de service de gros à des vitesses supérieures sur des installations de fibre optique (qu'il a appelées installations FTTN). Par

addition to the markup that would otherwise be applied, a supplementary markup of 10 percent.

[203] In the present case, Bell advanced policy-based arguments as to why the supplementary markup should be maintained. In TO 2019-288, the Commission summarized the arguments as follows [paragraphs 288 to 290]:

Bell Canada and SaskTel submitted that eliminating the supplementary markup for aggregated FTTN services would be contrary to the Commission’s determination in Telecom Regulatory Policy 2015-326. They added that reducing the rates for aggregated FTTN services would discourage the migration from those services to next-generation technologies, to the detriment of investment in those technologies.

Bell Canada added that the rollout of retail and wholesale FTTN services was predicated on the rates approved by the Commission in Telecom Regulatory Policy 2010-632. Investments in plant and equipment were based on a 10-year period, and the terms and conditions approved by the Commission to be in effect during that period. In granting the supplementary 10% markup on the wholesale use of Bell Canada’s FTTN plant and facilities, the Commission noted that the cost of capital used in the company’s cost studies for aggregated FTTN services was significantly lower than the cost of capital used by the cable carriers in their cost studies. The supplementary markup of 10% applied to Bell Canada’s services was also intended to equalize these costs of capital.

Bell Canada submitted that, given that (i) the above considerations apply to both the transport and the access components, and (ii) these components are tightly integrated, the supplementary markup of 10% should continue to apply to both the transport and the access components. [Underlining added.]

[204] The Commission rejected these arguments for the following reasons [paragraphs 306 to 308]:

In Telecom Regulatory Policy 2010-632, the Commission recognized that significant upfront investment was required to construct the facilities that ILECs use to provision new higher-speed wholesale service options over fibre facilities (i.e. FTTN facilities). Therefore, the rates for these service

conséquent, les tarifs pour ces services comprennent, en plus de la majoration des coûts qui serait quand même appliquée, une majoration supplémentaire de 10 p. 100.

[203] En l’espèce, Bell a fait valoir des arguments fondés sur la politique pour justifier le maintien de la majoration supplémentaire. Dans l’OT 2019-288, le Conseil les a résumés ainsi [paragraphes 288 à 290] :

Bell Canada et SaskTel ont fait valoir que la suppression de la majoration supplémentaire pour les services FTTN groupés serait contraire à la décision du Conseil dans la politique réglementaire de télécom 2015-326. Elles ont ajouté que la réduction des tarifs pour les services FTTN groupés découragerait le passage de ces services vers des technologies de prochaine génération, au détriment de l’investissement dans ces technologies.

Bell Canada a ajouté que la mise en œuvre des services FTTN de détail et de gros était fondée sur les tarifs approuvés par le Conseil dans la politique réglementaire de télécom 2010-632. Les investissements dans les installations et l’équipement étaient fondés sur une période de dix ans et sur les modalités approuvées par le Conseil pour être en vigueur au cours de cette période. En accordant la majoration supplémentaire de 10 % sur l’utilisation en gros des installations FTTN de Bell Canada, le Conseil a noté que le coût du capital utilisé dans les études de coûts de la compagnie pour les services FTTN groupés était considérablement inférieur au coût du capital utilisé par les entreprises de câblodistribution dans leurs études de coûts. La majoration supplémentaire de 10 % appliquée aux services de Bell Canada visait également à égaliser ces coûts du capital.

Bell Canada a fait valoir que, étant donné que (i) les considérations ci-dessus s’appliquent à la fois aux composantes transport et accès, et que (ii) ces composantes sont étroitement intégrées, la majoration supplémentaire de 10 % devrait continuer de s’appliquer tant aux composantes de transport que celles d’accès. [Non souligné dans l’original.]

[204] Le Conseil n’a pas souscrit à ces arguments pour les motifs suivants [paragraphes 306 à 308] :

Dans la politique de réglementation de télécom 2010-632, le Conseil a reconnu qu’un investissement initial important était nécessaire pour construire les installations que les ESLT utilisent pour fournir de nouvelles options de service de gros à plus haute vitesse sur des installations

options include, in addition to the markup on costs that would otherwise be used, a supplementary markup of 10%.

The Commission considers that the ILECs' focus has shifted from expanding their FTTN networks to growing their FTTP footprints as much as possible, given the important benefits associated with higher speeds and long-term service reliability. In this regard, the Commission notes that the ILECs' volume of new FTTN builds has become minimal and is dropping significantly each year, particularly when compared to new FTTP builds.

In light of this, the Commission considers that the rationale set out in Telecom Regulatory Policy 2010-632, in which the Commission considered that the investment risk associated with the construction of FTTN facilities is greater than the risk associated with other ILEC facilities, is no longer supported. Consequently, the Commission considers that the 10% supplementary markup that has applied to both the access and the transport components of aggregated wholesale HSA services should not be maintained. [Underlining added.]

[205] Again, the reasons of the Commission are adequate. The reasons explain and demonstrate that Bell's policy argument was not supported by the evidentiary record.

[206] To conclude on this point, the Commission was aware of the policy concerns identified by the appellants. I am satisfied that it engaged with those concerns and addressed them adequately in its reasons.

[207] I would add, however, that in the event some genuine doubt exists as to whether some policy concern was adequately addressed by the Commission, the appellants may seek further clarification from the Commission in the Commission's pending, public proceeding to review TO 2019-288. The Commission's decision will be informed by Order in Council P.C. 2020-0553.

de fibre optique (c.-à-d. les installations FTTN). Par conséquent, les tarifs pour ces options de service comprennent, en plus de la majoration des coûts qui serait autrement utilisée, une majoration supplémentaire de 10 %.

Le Conseil estime que les ESLT ont cessé de se concentrer sur l'expansion de leurs réseaux FTTN et qu'elles s'efforcent plutôt d'accroître autant que possible leur empreinte FTTP, compte tenu des avantages importants associés à des vitesses plus élevées et à une fiabilité à long terme du service. À cet égard, le Conseil fait remarquer que le nombre de nouvelles constructions FTTN des ESLT est devenu minime et qu'il diminue considérablement chaque année, surtout si on le compare à celui des nouvelles constructions de FTTP.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil estime que le motif énoncé dans la politique réglementaire de télécom 2010-632, dans laquelle il estimait que le risque d'investissement associé à la construction d'installations FTTN est plus élevé que le risque associé aux autres installations des ESLT, n'est plus justifié. Par conséquent, le Conseil estime que la majoration supplémentaire de 10 % qui s'appliquait aux composantes d'accès et de transport des services AHV de gros groupés ne devrait pas être maintenue. [Non souligné dans l'original.]

[205] Là encore, les motifs du Conseil sont adéquats. Les motifs expliquent et démontrent que les éléments de preuve n'étaient pas les arguments de Bell fondés sur la politique.

[206] Pour conclure sur cette question, le Conseil était conscient des réserves relatives à la politique soulevées par les appelantes. Je conclus qu'il en a tenu compte et qu'il en a parlé de manière adéquate dans ses motifs.

[207] J'ajouterais toutefois qu'à supposer qu'il existe un doute réel quant à la question de savoir si certaines réserves relatives à la politique ont été prises en compte de manière adéquate par le Conseil, les appelantes peuvent demander au Conseil des éclaircissements dans le cadre de la procédure publique de réexamen de l'OT 2019-288 en cours. Le Conseil tiendra compte du décret C.P. 2020-0553 dans sa décision.

8. Did the CRTC impose an unconstitutional tax?

[208] The Bell appellants rely upon their written submissions to argue that the retroactive payments constitute a tax, which the CRTC is not empowered to levy. In their submission, the retroactive payments that they are required to pay to the competitors are an unconstitutional and *ultra vires* tax because the payments meet all of the four criteria applied in *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131, at paragraph 22, to determine whether a levy is a tax as opposed to a regulatory charge.

[209] The respondents submit that Bell is precluded from raising this issue on this appeal because it did not raise the issue before the Commission. In the alternative, and in any event, the respondents submit that the retroactive payments are not a tax. Rather, the retroactive payments effect a correction for an unjust enrichment that accrued to the appellants as a consequence of the application of rates that were not just and reasonable.

[210] I begin my analysis by noting that Parliament authorized the Commission “[to] determine any question of law” (subsection 52(1) of the Act). This includes constitutional issues. The appellants well-knew that an issue before the Commission was whether final rates should be set retroactively; they have provided no explanation as to why the unconstitutional tax issue was not raised before the Commission.

[211] In *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, this Court considered whether a constitutional issue not raised before the National Energy Board could be raised for the first time on judicial review. The Court [paragraphs 43–46] found it could not, for the following reasons:

The approach of placing the constitutional issues before the Board at first instance respects the fundamental difference between an administrative decision maker

8. Le CRTC a-t-il imposé une taxe anticonstitutionnelle?

[208] Les appelantes Bell s’appuient sur leurs observations écrites pour soutenir que les paiements rétroactifs constituent une taxe, laquelle le CRTC n’est pas habilité à imposer. Selon leurs observations, les paiements rétroactifs qu’elles sont tenues de verser aux concurrents constituent une taxe anticonstitutionnelle et excèdent les pouvoirs du CRTC, car ils satisfont aux quatre critères appliqués dans l’arrêt *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131, au paragraphe 22, servant à déterminer si un prélèvement est une taxe ou une redevance de nature réglementaire.

[209] Les intimés soutiennent que Bell ne peut pas soulever cette question dans le présent appel parce qu’elle ne l’a pas soulevée devant le Conseil. À titre subsidiaire, et de toute façon, les intimés affirment que les paiements rétroactifs ne constituent pas une taxe. Ils servent plutôt à corriger un enrichissement injustifié dont les appelantes ont bénéficié du fait de l’application de tarifs qui n’étaient pas justes et raisonnables.

[210] Je commencerai mon analyse en soulignant que, par la volonté du législateur, le Conseil « connaît [...] des questions de droit » (paragraphe 52(1) de la Loi). Les questions de droit incluent les questions constitutionnelles. Les appelantes savaient pertinemment que le Conseil était saisi de la question de savoir si les tarifs définitifs devaient s’appliquer rétroactivement; elles n’ont pas du tout expliqué pourquoi la question de la taxe anticonstitutionnelle n’avait pas été soulevée devant celui-ci.

[211] Dans l’arrêt *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l’énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75, notre Cour a examiné la question de savoir si une question constitutionnelle qui n’avait pas été soulevée devant l’Office national de l’énergie pouvait l’être pour la première fois en contrôle judiciaire. La Cour a conclu [paragraphes 43 à 46] que ce n’était pas possible, pour les motifs suivants :

La démarche consistant à saisir l’Office des questions constitutionnelles en première instance respecte la différence fondamentale entre un décideur administratif et



and a reviewing court: here, the Board and this Court. Parliament has assigned the responsibility of determining the merits of factual and legal issues—including the merits of constitutional issues—to the Board, not this Court. Evidentiary records are built before the Board, not this Court. As a general rule, this Court is restricted to reviewing the Board’s decisions through the lens of the standard of review using the evidentiary record developed before the Board and passed to it. See generally *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297.

Were it otherwise, if administrative decision makers could be bypassed on issues such as this, they would never be able to weigh in. On a judicial review, administrative decision makers do not have full participatory rights as parties or interveners. They cannot make submissions to the reviewing court with a view to bolstering or supplementing their reasons. They face real restrictions on the submissions they can make. See generally *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, at paragraphs 16–17. As a result, often their only opportunity to supply relevant information bearing upon the issue—such as factual appreciations, insights from specialization and policy understandings—is in their reasons.

If administrative decision makers could be bypassed on issues such as this, those appreciations, insights and understandings would never be placed before the reviewing court. In constitutional matters, this is most serious. Constitutional issues should only be decided on the basis of a full, rich factual record: *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357 [*Mackay*], at pages 361–363. Within an important regulatory sector such as this, a record is neither full nor rich if the insights of the regulator are missing.

The Supreme Court has strongly endorsed the need for constitutional issues to be placed first before an administrative decision maker who can hear them: *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board; Casimir v. Quebec (Attorney General); Zorrilla v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257 [*Okwuobi*], at paragraphs 38–40. Where, as here, an administrative decision maker can hear and decide constitutional issues, that jurisdiction should not be bypassed by raising the constitutional issues for the first time on judicial review.

une cour de révision, soit en l’espèce l’Office et la Cour. Le Parlement a confié à l’Office, et non à la Cour, la responsabilité de statuer sur le fond de questions factuelles et juridiques — y compris le fond de questions constitutionnelles. Les dossiers de preuve sont constitués devant l’Office, et non devant la Cour. En règle générale, la Cour se limite à contrôler les décisions de l’Office à travers la lentille de la norme de contrôle appropriée en utilisant le dossier de preuve constitué devant l’Office et transmis à la Cour. Voir, à titre général, *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22.

S’il en allait autrement, si les décideurs administratifs pouvaient être court-circuités sur des questions pareilles, ils ne pourraient jamais examiner de telles questions. Dans le cadre d’un contrôle judiciaire, les décideurs administratifs n’ont pas de pleins droits de participation en qualité de parties ou d’intervenants. Ils ne peuvent pas présenter des observations à la cour de révision en vue d’étayer ou de compléter leurs motifs. Ils sont assujettis à de véritables restrictions quant aux observations qu’ils peuvent formuler. Voir, à titre général, *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, aux paragraphes 16 et 17. En conséquence, bien souvent, c’est dans leurs motifs qu’ils ont la seule occasion de fournir des renseignements pertinents au regard de la question — comme des appréciations factuelles, des éclairages attribuables à leur spécialisation et des considérations au plan des politiques.

Si les décideurs administratifs pouvaient être court-circuités relativement à des questions pareilles, ces appréciations, éclairages et considérations ne parviendraient jamais à la connaissance de la cour de révision, ce qui est très grave en matière constitutionnelle. Les questions constitutionnelles devraient uniquement être tranchées sur le fondement d’un dossier factuel riche et complet : *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357 [*Mackay*], aux pages 361 à 363. Dans un secteur réglementaire important comme celui en cause en l’espèce, un dossier n’est ni complet ni riche s’il y manque les éclairages de l’organisme de réglementation.

La Cour suprême a fortement souligné le fait que les questions constitutionnelles devaient être d’abord soumises à un décideur administratif habilité à les entendre : *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson School Board; Casimir c. Québec (Procureur général); Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257 [*Okwuobi*], aux paragraphes 38 à 40. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, un décideur administratif peut entendre et trancher des questions constitutionnelles, les parties ne devraient pas contourner cette compétence en soulevant les

Parliament's grant of jurisdiction to the Board to decide such issues must be respected. [Underlining added.]

questions constitutionnelles pour la première fois dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Il faut respecter la décision du législateur de conférer compétence à l'Office pour trancher de telles questions. [Non souligné dans l'original.]

[212] In my view, these considerations are equally apposite to this statutory appeal, based as it is on the record before the Commission. The Bell appellants ought not to be permitted to raise this issue for the first time on appeal.

[212] À mon avis, ces considérations sont toutes aussi pertinentes en l'espèce, puisque le présent appel est fondé sur le dossier du Conseil. Les appelantes Bell ne doivent pas être autorisées à soulever cette question pour la première fois en appel.

9. Conclusion and costs

9. Conclusion et dépens

[213] For the above reasons, I would dismiss the appeals and order the appellants to pay the costs of the appeals to each of the Canadian Network Operators Consortium Inc. and Teksavvy Solutions Inc.

[213] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais les appels et j'ordonnerais aux appelantes de payer les dépens du Consortium des opérateurs de réseaux canadiens Inc. et de Teksavvy Solutions Inc.

[214] As for the quantum of the costs, if not agreed I would direct that the costs be assessed at the mid-point of Column V of the table to Tariff B [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106]. While rule 407 provides that unless otherwise ordered, costs are to be assessed in accordance with Column III, this award reflects the number and complexity of the issues, a good number of dubious merit, which the appellants chose to put in play. The award also reflects the fact that the appellants succeeded on none of these issues.

[214] Quant au montant des dépens, si les parties ne s'entendent pas à cet égard, j'ordonnerais que les dépens soient taxés selon le milieu de la fourchette de la colonne V du tableau du tarif B [des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106]. Bien que la règle 407 des Règles dispose que, sauf ordonnance contraire, les dépens doivent être taxés en conformité avec la colonne III, la présente adjudication tient compte du nombre et de la complexité des questions en litige, dont plusieurs avaient un fondement douteux, que les appelantes ont choisi de mettre en jeu. L'adjudication tient également compte du fait que les appelantes n'ont eu gain de cause sur aucune de ces questions.

STRATAS J.A.: I agree.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

WOODS J.A.: I agree.

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

A-204-20  
2021 FCA 72

A-204-20  
2021 CAF 72

**The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Appellants*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*appelants*)

v.

c.

**The Canadian Council For Refugees, Amnesty International, The Canadian Council of Churches, ABC, DE [By Her Litigation Guardian ABC], and FG [By Her Litigation Guardian ABC], Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs and Reda Yassin Al Nahass and Nedira Jemal Mustefa** (*Respondents*)

**Le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale, le Conseil canadien des Églises, ABC, DE [représentée par son tuteur à l'instance, ABC], et FG [représentée par son tuteur à l'instance, ABC], Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass et Nedira Jemal Mustefa** (*intimés*)

**INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS**

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Stratas and Laskin J.J.A.—By videoconference, February 23, 24; Ottawa, April 15, 2021.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Stratas et Laskin, J.C.A.—Par vidéoconférence, 23 et 24 février; Ottawa, 15 avril 2021.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal, cross-appeal from Federal Court judgment allowing applications for judicial review — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Since 2004, United States designated pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3, which followed agreement in 2002 between United States, Canada called Safe Third Country Agreement — Since that time, many refugee claimants arriving from United States ruled ineligible for refugee protection in Canada, including individual respondents — They, advocacy organizations for refugees, brought three judicial reviews in Federal Court; alleged that designation of United States under Regulations, s. 159.3 ultra vires but Federal Court rejected allegation — Respondents also alleged that designation of U.S. as safe third country under Regulations, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(e) infringed rights guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Federal Court declared provisions of no force or effect under Constitution Act, 1982, s. 52 — Given this conclusion, Federal Court found it unnecessary to deal with s. 15 issues — Main issue: whether cross-appeal should be summarily*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel et appel incident à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour fédérale, qui a accueilli des demandes de contrôle judiciaire — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Depuis 2004, les États-Unis sont un pays désigné conformément à l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés; cette désignation découle d'un accord intervenu en 2002 entre les États-Unis et le Canada, appelé l'Entente sur les tiers pays sûrs — Depuis, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers — Avec des organisations de défense des droits des réfugiés, ils ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale; ils ont soutenu que la désignation des États-Unis sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la loi (ultra vires), mais la Cour fédérale a rejeté cette prétention — Les intimés ont affirmé également que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)(e) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a reconnu que ces*

*dismissed; whether appeal should be allowed — Cross-appeal lying where party seeking different disposition of judgment appealed from — Different disposition meaning remedy that will have real-life, practical consequences for party cross-appealing — Cross-appeal not lying simply because party is dissatisfied with reasons for judgment — Federal Court's failure to grant declarations that Charter, s. 15 infringed; that Regulations, s. 159.3 ultra vires, not having any real-life, practical consequences for respondents as provisions respondents wanted struck down were struck down, albeit under Charter, s. 7, not Charter, s. 15 — Act, s. 101(1)(e), Regulations, s. 159.3 part of interrelated legislative scheme — Two sections not sitting alone, in isolation — Artificial to view, analyze them in abstract — Evidentiary record that developed in Federal Court concentrated on general effects of designation of United States — Respondents' applications not fitting with nature of legislative scheme — After designation, real cause of any continued designation or decision to revoke it is Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — Respondents' Charter challenge had to be dismissed — In this case, cause of any infringement not designation of United States 17 years ago but Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct that caused designation to continue — It was incumbent on respondents to challenge that; however, they did not do so — Federal Court dealt with Charter challenge in way it was put, defended — In so doing, its attention was diverted away from important features of legislative scheme—in particular, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — As well, principles of Charter litigation not argued before it — These things leading Federal Court into reversible error — Respondents submitted that Regulations, s. 159.3 ultra vires but submission having no merit — Court's decision in 2008 in Canadian Council for Refugees v. Canada rejected it; that decision binding herein — Federal Court's judgment set aside; applications for judicial review dismissed — Appeal allowed, cross-appeal dismissed.*

*deux dispositions contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'art. 15 — Il s'agissait principalement de savoir si l'appel incident devrait être rejeté de façon sommaire et si l'appel devrait être accueilli — Une partie peut interjeter un appel incident si elle entend demander la réformation du jugement porté en appel — Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l'appel incident — Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu'elle n'est pas satisfaite des motifs de jugement — Le refus de la Cour fédérale d'accéder aux demandes de déclarations qu'il y avait contravention à l'art. 15 de la Charte et que l'art. 159.3 du Règlement outrepassait les pouvoirs conférés n'a entraîné aucune répercussion véritable et pratique pour les intimés, car les dispositions dont ils ont sollicité l'invalidation ont été invalidées, quoique pour violation de l'art. 7 et non de l'art. 15 de la Charte — L'art. 101(1)e) de la Loi et l'art. 159.3 du Règlement appartiennent à un régime légal dont les composantes sont interreliées — Ces deux dispositions n'existent pas en vase clos — L'exercice qui consiste à les examiner dans l'abstrait est artificiel — Le dossier qui a été monté devant la Cour fédérale portait sur les effets généraux de la désignation des États-Unis — Les demandes des intimés ne cadraient pas avec la nature du régime légal — Une fois qu'un pays est désigné, la véritable cause du maintien de la désignation ou de la révocation de cette dernière se trouve dans les examens prévus à l'art. 102(3) de la Loi et les actes administratifs connexes — Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés a dû être rejeté — En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application de l'art. 102(3) de la Loi et des actes administratifs connexes qui en ont justifié le maintien — Il incombait aux intimés d'en faire l'objet de leur recours; or, ce n'est pas ce qu'ils ont fait — La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu — Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal, tout particulièrement les examens prévus à l'art. 102(3) et les actes administratifs connexes — En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle — Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision — Les intimés ont fait valoir que l'art. 159.3 du Règlement était ultra vires, mais cet argument était dépourvu de fondement — La Cour l'a rejeté en 2008 dans l'arrêt Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada; cet arrêt liait la Cour — Le jugement de la Cour fédérale a été annulé et les demandes de contrôle judiciaire ont été rejetées — Appel accueilli, appel incident rejeté.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, liberty and Security — Appeal, cross-appeal concerning constitutional*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'appel et l'appel incident portaient sur la*

validity of certain legislative provisions preventing certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Since United States designated as safe third country, many refugee claimants arriving from United States ruled ineligible for refugee protection in Canada, including individual respondents — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court — Alleged in particular that designation of U.S. as safe third country under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(e) infringing rights guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Declared provisions of no force or effect under Constitution Act, 1982, s. 52 — On appeal, appellants focussing on Federal Court's finding of unjustifiable infringement of Charter, s. 7 — Respondents' Charter challenge in Federal Court offending practical rules that legislative provisions in interrelated legislative scheme cannot be taken in isolation, selectively challenged; where administrative action or administrative inaction under legislation is cause of rights' infringement, it, not legislation, must be challenged — Here, cause of any infringement not designation of United States 17 years ago but Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — Evidentiary basis too incomplete to allow for informed Charter adjudication on what really mattered in present case — Federal Court dealt with Charter challenge in way it was put, defended — In doing so, its attention was diverted away from important features of legislative scheme at issue — As well, principles of Charter litigation not argued before it — These things leading Federal Court into reversible error.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court — Alleged in particular that designation of U.S. as safe third country under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(e) infringing rights guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Given this conclusion, Federal Court found it

validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Depuis que les États-Unis ont été désignés à titre de tiers pays sûr, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — Ils ont soutenu plus particulièrement que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)e) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — L'appel des appelants a porté sur la conclusion tirée par la Cour fédérale quant à l'atteinte injustifiée aux droits protégés par l'art. 7 de la Charte — Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés devant la Cour fédérale a contrevenu aux règles pratiques selon lesquelles les dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément; et dans les cas où la violation des droits résulte d'un acte (ou d'une omission) administratif pris en application d'une loi, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que le recours doit porter — En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application de l'art. 102(3) de la Loi et des actes administratifs connexes — Le dossier de preuve était trop incomplet pour permettre de trancher de manière éclairée, à la lumière de la Charte, les questions qui importaient véritablement — La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu — Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal — En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle — Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — Ils ont soutenu plus particulièrement que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)e) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions



*unnecessary to deal with s. 15 issues — Respondents submitting that Federal Court obligated to deal with Charter, s. 15 challenge — Federal Court not so obligated — Court having discretion to deal with issues unnecessary to outcome of case — This applying to issues arising under Charter, s. 15 — Had it been necessary to decide Charter, s. 15 issues, Court would have had to assess whether it should determine the issues itself or send them back to the Federal Court to determine — Where, as, here, no factual findings made on s. 15 issues, generally best to send matter back to Federal Court because of its expertise in fact-finding — This was especially so here where Federal Court expressed concern about some evidence tendered in support of s. 15 claim that might affect its weight.*

*Practice — Cross-appeals — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court alleging in particular that designation of United States under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3 ultra vires but Federal Court rejecting allegation — Appellants' submission that respondents' cross-appeal improper, should be summarily dismissed well founded — Cross-appeal lying when party seeking different disposition of judgment appealed from (Federal Courts Rules, r. 341) — Different disposition meaning remedy that will have real-life, practical consequences for party cross-appealing — Cross-appeal not lying simply because party dissatisfied with reasons for judgment — While Federal Court not granting specific declarations respondents seeking regarding Charter infringement, ultra vires issue, Federal Court's failure to do so not having any real-life, practical consequences for respondents — Respondents wanted provisions at issue struck down; such provisions struck because infringing Charter, s. 7 — Respondents taking issue with Federal Court's reasons, not its judgment — Therefore cross-appeal had to be dismissed.*

This was an appeal by the appellants and a cross-appeal by the respondents from a Federal Court judgment allowing applications for judicial review. Broadly speaking, the appeal and the cross-appeal concerned the constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee

*contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'art. 15 — Les intimés ont fait valoir que la Cour fédérale devait aborder les questions relatives à l'art. 15 de la Charte — La Cour fédérale n'était pas obligée de le faire — Le tribunal peut, à sa discrétion, examiner ou non les questions qui ne sont pas déterminantes dans l'instance — C'est le cas des questions fondées sur l'art. 15 de la Charte — S'il avait été nécessaire de trancher les questions relatives à l'art. 15 de la Charte, il aurait fallu décider s'il y avait lieu pour la Cour de les trancher ou s'il fallait les renvoyer à la Cour fédérale — Dans les cas où, comme en l'espèce, aucune conclusion de fait n'a été tirée à l'égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits — C'était tout particulièrement le cas en l'espèce : la Cour fédérale a exprimé des réserves à propos de certains éléments produits à l'appui des arguments fondés sur l'art. 15; ces réserves étaient susceptibles de jouer sur la pondération des éléments.*

*Pratique — Appels incidents — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, alléguant notamment que la désignation des États-Unis sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la Loi (ultra vires) mais la Cour fédérale a rejeté cette prétention — L'argument des appelants selon lequel l'appel incident des intimés a été interjeté à mauvais droit et devrait être rejeté de façon sommaire était bien fondé — Une partie peut interjeter un appel incident si elle entend demander la réformation du jugement porté en appel (règle 341 des Règles des Cours fédérales) — Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l'appel incident — Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu'elle n'est pas satisfaite des motifs de jugement — La Cour fédérale a refusé de prononcer les déclarations sollicitées par les intimés concernant une contravention à la Charte et la validité constitutionnelle, mais ce refus de la Cour fédérale n'a entraîné aucune répercussion véritable et pratique pour les intimés — Les intimés ont sollicité l'invalidation des dispositions en cause, et ces dispositions ont été invalidées pour violation de l'art. 7 de la Charte — Les intimés ont reproché à la Cour fédérale, non pas son jugement, mais ses motifs — Par conséquent, l'appel incident a dû être rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté par les appelants et d'un appel incident interjeté par les intimés à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour fédérale, qui a accueilli des demandes de contrôle judiciaire. En termes généraux, l'appel et l'appel incident portaient sur la validité constitutionnelle de dispositions



claimants from seeking refugee protection in Canada. As a general matter, refugee claimants arriving from a country designated as a safe country under the *Immigration and Refugee Protection Regulations* are ineligible to claim refugee protection in Canada in accordance with paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Since 2004, the United States has been designated (Regulations, section 159.3). This designation followed an agreement between the United States and Canada, commonly called the Safe Third Country Agreement.<sup>1</sup> Since that time, many refugee claimants arriving from the United States have been ruled ineligible for refugee protection in Canada, including the individual respondents. They and certain advocacy organizations for refugees brought three judicial reviews in the Federal Court. In their applications for judicial review, the respondents alleged that the designation of the United States under section 159.3 of the Regulations was *ultra vires* but the Federal Court rejected that allegation. The respondents also alleged that the designation of the United States as a safe third country under section 159.3 of the Regulations and the resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under paragraph 101(1)(e) of the Act infringed the rights guaranteed by sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court agreed that these two provisions infringed section 7 of the Charter and were not justified under section 1. It declared them of no force or effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Given this conclusion, the Federal Court found it unnecessary to deal with the section 15 issues. In their appeal, the appellants focussed on the Federal Court's finding of unjustifiable infringement of section 7 of the Charter. In their cross-appeal, the respondents focussed on the Federal Court's decision not to deal with the issues concerning section 15 of the Charter and also challenged the Federal Court's rejection of their *ultra vires* argument.

The main issues were whether the cross-appeal should be summarily dismissed and whether the appeal should be allowed.

*Held*, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The appellants' submission that the cross-appeal was improper and should be summarily dismissed was well founded. A cross-appeal lies when a party "seeks a different disposition of

légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada. En règle générale, les demandes d'asile des personnes en provenance d'un pays désigné comme pays sûr sous le régime du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sont pas recevables au Canada conformément à l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Depuis 2004, les États-Unis sont un pays désigné (article 159.3 du Règlement). Cette désignation découle d'un accord intervenu entre les États-Unis et le Canada, communément appelé l'Entente sur les tiers pays sûrs<sup>1</sup>. Depuis, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers. Avec des organisations de défense des droits des réfugiés, ils ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire en Cour fédérale. Dans leurs demandes de contrôle judiciaire, les intimés ont soutenu que la désignation des États-Unis sous le régime de l'article 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la Loi (*ultra vires*). La Cour fédérale a toutefois rejeté cette prétention. Les intimés ont affirmé également que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'article 159.3 du Règlement et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'alinéa 101(1)e) de la Loi en découlant restreignaient les droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l'article 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier. Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'article 15. L'appel des appelants a porté sur la conclusion tirée par la Cour fédérale quant à l'atteinte injustifiée aux droits protégés par l'article 7 de la Charte. L'appel incident des intimés a porté sur la décision de la Cour fédérale de ne pas examiner les questions relatives à l'article 15 de la Charte. Les intimés ont reproché également à la Cour fédérale d'avoir rejeté leur argument quant à la légalité de la désignation.

Il s'agissait principalement de savoir si l'appel incident devrait être rejeté de façon sommaire et si l'appel devrait être accueilli.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli et l'appel incident rejeté.

L'argument des appelants selon lequel l'appel incident a été interjeté à mauvais droit et devrait être rejeté de façon sommaire était bien fondé. Une partie peut interjeter un appel

<sup>1</sup> *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries.*

<sup>1</sup> *Accord entre le gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers.*

the [judgment] appealed from” (rule 341 of the *Federal Courts Rules*). “[D]ifferent disposition” means a remedy that will have real-life, practical consequences for the party cross-appealing. A cross-appeal does not lie simply because a party is dissatisfied with the reasons for judgment. In the Federal Court, two sets of respondents sought a specific declaration that section 15 of the Charter was infringed. All of the respondents sought a specific declaration that section 159.3 of the Regulations was *ultra vires*. The Federal Court did not grant these specific declarations. However, the Federal Court’s failure to grant these declarations did not have any real-life, practical consequences for the respondents: they wanted the two provisions struck down and they were struck because they infringed section 7 of the Charter. The respondents took issue with the Federal Court’s reasons, not its judgment.

In 2002, Canada and the United States entered into the Safe Third Country Agreement, to share responsibility for refugees. Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations are part of an interrelated legislative scheme. The two sections do not sit alone and in isolation. It is artificial to view and analyze them in the abstract, all the more so after a foreign country has been designated. After designation, reviews under subsection 102(3) of the Act are to take place continually to ensure that designation remains appropriate. All of the applications herein challenged the decision of an officer at an entry point who found the individual respondents’ claims for refugee protection to be ineligible for referral to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board under paragraph 101(1)(e) of the Act because of the designation of the United States under section 159.3 of the Regulations. Invalidity is alleged to stem from two problems—*ultra vires* and the Charter. The respondents submitted that the two provisions cause effects that are contrary to section 7, section 15 or both. They also stated that the two provisions are not justified under section 1 and must be struck down under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. The respondents did not say that other provisions, statutory instruments or policies were invalid because they cause effects contrary to the Charter. Thus, the real essence and essential character of the respondents’ applications was a challenge to paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations, and only those two provisions. Alone and in isolation they are said to cause unconstitutional effects. Based on this, the evidentiary record that developed in the Federal Court concentrated on general effects of the designation of the United States, often described in terms of individual incidents rather than the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and their effect. The respondents’ applications did not fit with the nature of the legislative scheme. After designation, the real cause of any continued designation or decision to revoke it is the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

incident si elle « entend demander la réformation [du jugement] port[é] en appel » (règle 341 des *Règles des Cours fédérales*). Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l’appel incident. Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu’elle n’est pas satisfaite des motifs de jugement. Deux groupes d’intimés avaient sollicité de la part de la Cour fédérale une déclaration de contravention à l’article 15 de la Charte. Tous les intimés voulaient qu’elle déclare que l’article 159.3 du Règlement outrepassait les pouvoirs conférés. La Cour fédérale n’a pas accédé à ces demandes. Or, les intimés n’ont subi aucune répercussion véritable et pratique découlant du refus de la Cour fédérale de prononcer ces déclarations. Ils ont sollicité l’invalidation des deux dispositions, et elles ont été invalidées pour violation de l’article 7 de la Charte. Les intimés ont reproché à la Cour fédérale, non pas son jugement, mais ses motifs.

En 2002, le Canada et les États-Unis ont conclu l’Entente sur les tiers pays sûrs, en vue de partager la responsabilité à l’égard des réfugiés. L’alinéa 101(1)e de la Loi et l’article 159.3 du Règlement appartiennent à un régime légal dont les composantes sont interreliées. Ces deux dispositions n’existent pas en vase clos. Par conséquent, l’exercice qui consiste à les examiner dans l’abstrait est artificiel, à plus forte raison si une désignation a été accordée au pays étranger. Après la désignation, les examens prévus au paragraphe 102(3) de la Loi sont effectués. De cette façon, on peut s’assurer que la désignation demeure justifiée. Les demandes contestées dans la présente affaire visaient la décision d’un agent à un point d’entrée qui a jugé irrecevables les demandes d’asile des intimés qui sont des particuliers et a omis de saisir la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié au titre de l’alinéa 101(1)e de la Loi au motif que les États-Unis sont un pays désigné sous le régime de l’article 159.3 du Règlement. L’invalidité tiendrait à deux raisons, la légalité de la désignation et la Charte. Les intimés ont fait valoir que les deux dispositions engendrent des effets qui contreviennent aux articles 7 et 15. Ils ont affirmé également qu’elles ne sont pas justifiées au regard de l’article premier et qu’elles doivent être invalidées en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les intimés n’ont pas invoqué l’invalidité d’autres dispositions, lois ou politiques en raison d’effets contraires à la Charte. Par conséquent, à en juger par la véritable nature et la nature essentielle de leurs demandes, leur recours visait seulement l’alinéa 101(1)e de la Loi et l’article 159.3 du Règlement. Ces deux seules dispositions engendreraient des effets inconstitutionnels. Ainsi, le dossier qui a été monté en Cour fédérale portait sur les effets généraux de la désignation des États-Unis, illustrés le plus souvent par des récits d’incidents personnels, plutôt que sur les examens effectués en application du paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes et leurs effets. Les demandes des intimés ne cadraient pas avec la nature du régime légal. Une fois

In considering a Charter challenge, there are two practical rules: legislative provisions in an interrelated legislative scheme cannot be taken in isolation and selectively challenged; and where administrative action or administrative inaction under legislation is the cause of a rights' infringement, it, not the legislation, must be challenged. The respondents' Charter challenge offended the two practical rules. The fundamental requirement of causation that underlies both rules was not met. This also rendered the evidentiary record on key issues too thin to permit responsible adjudication. As a result, the respondents' Charter challenge had to be dismissed. In this case, the cause of any infringement was not the designation of the United States 17 years ago but the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct that caused the designation to continue. It was incumbent on the respondents to challenge that. However, they did not do that. Instead, they plucked two provisions out of this complex, interrelated legislative scheme and singled them out for attack. This was wrong and was fatal to the respondents' challenge. Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations cannot be challenged in isolation. A safety valve in the legislative scheme in issue here is the review procedure under subsection 102(3). In this case, if there are effects contrary to the Charter, they stem not from paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations but from the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct. The legal question for the Court was whether the appeal record provided sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised. The answer was no. The evidentiary basis was too incomplete to allow for an informed Charter adjudication on what really mattered in this case.

The alleged constitutional defect in this case stemmed from how administrators and officials are operating the legislative scheme, not the legislative scheme itself. Based on the record here, to the extent that detrimental effects are being suffered by persons being returned to the United States, the legislative scheme as a whole is not to blame. Rather, if anything, subsection 102(3) reviews and related administrative conduct may be to blame. But because the respondents chose not to attack any administrative conduct, there was no evidence to assess it. Applications for judicial review are possible where a matter—usually administrative conduct or inaction—affects legal rights, imposes legal obligations or causes real prejudicial effects. The individual respondents could have brought judicial

qu'un pays est désigné, la véritable cause du maintien de la désignation ou de la révocation de cette dernière se trouve dans les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

Deux règles pratiques doivent être suivies dans l'examen d'un recours fondé sur la Charte : les dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément; et dans les cas où la violation des droits résulte d'un acte — ou d'une omission — administratif pris en application d'une loi, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que le recours doit porter. Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés a contrevenu aux deux règles pratiques. Il n'a pas été satisfait au critère fondamental du lien de causalité qui sous-tend les deux règles. De plus, la preuve concernant les questions déterminantes était trop lacunaire pour permettre à la Cour de les trancher de façon responsable. Par conséquent, le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés a dû être rejeté. En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application du paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes qui en ont justifié le maintien. Il incombait aux intimés d'en faire l'objet de leur recours. Or, ce n'est pas ce qu'ils ont fait. Ils ont plutôt isolé deux dispositions appartenant à ce régime légal complexe aux composantes interreliées et en ont fait le point de mire de leur recours. Voilà qui a porté un coup fatal au recours des intimés. L'alinéa 101(1)e) de la Loi et l'article 159.3 du Règlement ne peuvent être attaqués isolément. La soupape en l'espèce correspond au processus d'examen prévu au paragraphe 102(3). Dans ce cas, les effets contraires à la Charte, s'il en est, résultent non pas de l'alinéa 101(1)e) de la Loi et de l'article 159.3 du Règlement, mais des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes. La question juridique que devait trancher la Cour était celle de savoir si le dossier d'appel contenait suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées. La réponse était non. Le dossier de preuve était trop incomplet pour permettre de trancher de manière éclairée, à la lumière de la Charte, les questions qui importaient véritablement.

L'inconstitutionnalité reprochée découlait de l'application, par les fonctionnaires et administrateurs, du régime légal, et non du régime en soi. Compte tenu du dossier en l'espèce, les effets néfastes, s'il en est, soufferts par les personnes qui sont renvoyées aux États-Unis ne peuvent être imputés au régime légal dans son ensemble. Ils seraient plutôt imputables aux examens prévus au paragraphe 102(3) et aux actes administratifs connexes. Or, comme les intimés n'ont pas formé de recours contre un acte administratif, il n'y avait pas de dossier de preuve pour évaluer pareille prétention. Il est possible de présenter une demande de contrôle judiciaire lorsque son objet —généralement un acte ou une omission administratifs — porte atteinte à des droits juridiques, impose des obligations juridiques ou

reviews against the immigration officers' decisions that they were ineligible for refugee protection in Canada on the basis that they were or are actually eligible. In support of that, they could have sought various forms of relief. The Federal Court dealt with the Charter challenge in the way it was put and defended. In so doing, its attention was diverted away from important features of the legislative scheme—in particular, the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and the centrality of these two things. As well, the principles of Charter litigation were not argued before it. These things led the Federal Court into reversible error. As a result, it was possible to intervene in this matter.

While the analysis on the respondents' Charter challenge was sufficient to dismiss it, for future guidance on section 7 claims in this area, certain issues arising from the Federal Court's reasons were highlighted. In particular, the respondents submitted that the relevant principles of fundamental justice are that the effects of laws should not be overbroad or grossly disproportionate to their purposes and the Federal Court accepted that submission. But the effects, said to be overbroad and grossly disproportionate, are carried out in the United States, by United States officials, under United States law. For that to count under Canadian law, the actions of United States officials had to have sufficient causal connection to Canadian actions such that the effects in the United States were an "entirely foreseeable consequence" of Canadian state action. All that the Federal Court said here was that there were "related harms". That fell short of the necessary threshold. The plain text of section 32 of the Charter provides that the Charter applies only to the "Parliament and government of Canada" and to the "legislature and government of each province." The Federal Court was correct to note that Canada may not "avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else's hand". But this does not allow Canadian courts to assess the substance of United States law and practice through the domestic doctrines of overbreadth and gross disproportionality. The relevant Canadian state action in this case is the removal of individuals to the United States where they will face treatment under the United States legal system and administration. In such circumstances, Canadian courts will respond to the removal of individuals to foreign legal systems and administrations only where they will suffer effects that are so deplorable they "shock the conscience" of Canadians, which is a high threshold. In this case, there was no evidence that could support a finding that the treatment of returnees to the United States at the Canada-United States border "shocks the conscience". There was evidence of individual cases of substandard treatment but nothing that rose to the very high level required by the "shocks the conscience" standard. As well, paragraph 101(1)(e) of

cause un véritable préjudice. Il aurait été loisible aux intimés qui sont des particuliers en l'espèce de faire contrôler les décisions des agents de l'immigration quant à l'irrecevabilité de leurs demandes d'asile au Canada au motif que ces dernières étaient recevables ou le sont. Au soutien de leurs prétentions, ils auraient pu demander diverses formes de réparation. La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu. Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal, tout particulièrement les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes de même que l'importance cruciale de ces éléments. En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle. Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision. Par conséquent, il était possible d'intervenir en l'espèce.

L'analyse du recours des intimés fondé sur la Charte suffisait à la Cour pour rejeter ce dernier. Toutefois, pour la gouverne des parties qui invoqueront l'article 7 dans ce contexte à l'avenir, certaines questions qui émanent des motifs de la Cour fédérale ont été soulignées. Plus particulièrement, les intimés ont fait valoir que, suivant les principes de justice fondamentale applicables en l'espèce, l'effet de lois ne saurait être totalement disproportionné ou de portée excessive par rapport à leur objet, et la Cour fédérale a accepté cette prétention. Or, les effets — qu'on dit de portée excessive et totalement disproportionnés — sont produits en sol américain, par des agents américains, sous le régime de lois américaines. Pour tomber sous le coup des lois canadiennes, il faudrait que les actes des agents américains aient un lien de causalité suffisant avec les actes du Canada, de sorte que leur effet aux États-Unis soit « une conséquence parfaitement prévisible » d'actes de l'État canadien. La Cour fédérale en l'espèce a mentionné seulement l'existence de « préjudices connexes ». Ce n'était pas suffisant. Aux termes de l'article 32 de la Charte, suivant son sens ordinaire, cette dernière s'applique seulement « au Parlement et au gouvernement du Canada » ainsi qu'à « la législature et au gouvernement de chaque province ». Certes, la Cour fédérale n'avait pas tort de signaler que le Canada « ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte serait le fait d'autrui ». Or, il n'est pas permis aux tribunaux canadiens d'évaluer la teneur des lois et des pratiques américaines en les passant au crible des doctrines canadiennes de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés. En l'espèce, l'acte de l'État canadien correspond au renvoi de personnes aux États-Unis où elles seront assujetties au système juridique et à l'administration de ce pays. Les tribunaux canadiens n'interviennent alors que si elles subiront un traitement si déplorable qu'il « choque la conscience » de la population canadienne, ce qui représente un critère exigeant. En l'espèce, rien ne démontrait que le traitement des personnes renvoyées aux États-Unis depuis la frontière canado-américaine « choque la conscience ». Le dossier comportait des éléments relatant

the Act and section 159.3 of the Regulations are not contrary to the doctrines of overbreadth or gross disproportionality. When these doctrines are applied properly—i.e., applied only to Canadian state action and effects caused by that state action—there is a rational connection between the law’s objectives and its effects and the effects are not so severe that they are not justified by the objective. In this case, the means chosen, ineligibility to the Refugee Protection Division for refugee respondents arriving from the United States, was not disproportionate with the objective of sharing responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record.

A few words on the respondents’ challenge under section 15 of the Charter were warranted. The respondents submitted that the Federal Court was obligated to deal with the section 15 challenge but this was not accepted. A court has a discretion whether or not to deal with issues unnecessary to the outcome of the case. This applies to issues arising under section 15. Section 15 does not enjoy “superior status in a ‘hierarchy’ of rights.” Had it been necessary for the Court to decide the section 15 issues, it would have had to assess whether it should determine the issues itself or send them back to the Federal Court to determine. Where, as here, no factual findings have been made on the section 15 issues, it is generally best to send the matter back to the Federal Court because of its expertise in fact-finding. This was especially so here where the Federal Court expressed concern about some of the evidence tendered in support of the section 15 claim that might affect its weight.

The respondents submitted that section 159.3 of the Regulations was *ultra vires*. They maintained that the Regulations were not authorized by the Act at the time of enactment. They also maintained that, over time, the Regulations were no longer authorized by the Act because the factors under subsection 102(2) of the Act no longer supported the designation of the United States as a safe country. This submission had no merit. The Court’s decision in 2008 in *Canadian Council for Refugees v. Canada* rejected it. No later cases from the Supreme Court cast doubt on its conclusion that the Governor in Council had the power to designate the United States a safe third country under section 159.3 of the Regulations. Thus, the decision in *Canadian Council for Refugees* was binding.

des traitements inférieurs aux normes, mais rien qui « choque la conscience », un critère très exigeant. En outre, l’alinéa 101(1)e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ne sont pas contraires aux doctrines de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés. Dans les cas où elles sont appliquées à bon droit — c’est-à-dire à un acte de l’État canadien et aux effets de cet acte — elles révèlent un lien rationnel entre l’objet de la loi et ses effets. Ces derniers ne sont pas graves au point de ne pas se justifier au regard de l’objet de la loi. En l’espèce, la mesure — la conclusion d’irrecevabilité de la demande d’asile pour examen par la Section de la protection des réfugiés présentée par ceux qui arrivent au Canada depuis les États-Unis — n’a pas eu d’effet disproportionné par rapport à l’objectif qui consiste à partager la responsabilité de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui appliquent les dispositions pertinentes des Conventions et ont des antécédents acceptables en matière de protection des droits de la personne.

Quelques remarques s’imposaient sur le recours des intimés fondé sur l’article 15 de la Charte. Les intimés ont fait valoir que la Cour fédérale devait aborder les questions relatives à l’article 15, mais cette prétention n’a pas été retenue. Le tribunal peut, à sa discrétion, examiner ou non les questions qui ne sont pas déterminantes dans l’instance. C’est le cas des questions fondées sur l’article 15. Ce dernier ne jouit pas d’« un statut supérieur dans une prétendue “hiérarchie de droits” ». S’il avait été nécessaire de trancher les questions relatives à l’article 15, il aurait fallu décider s’il y avait lieu pour la Cour de les trancher ou s’il fallait les renvoyer à la Cour fédérale. Dans les cas où, comme en l’espèce, aucune conclusion de fait n’a été tirée à l’égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits. C’était tout particulièrement le cas en l’espèce : la Cour fédérale a exprimé des réserves à propos de certains éléments produits à l’appui des arguments fondés sur l’article 15. Ces réserves étaient susceptibles de jouer sur la pondération des éléments.

Les intimés ont fait valoir que l’article 159.3 du Règlement était *ultra vires*. Ils ont prétendu que le Règlement n’était pas autorisé par la Loi au moment où il a été pris. Ils ont affirmé également que le Règlement a fini par n’être plus autorisé par la Loi, car les facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi ne soutenaient plus la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr. Cet argument était dépourvu de fondement. La Cour l’a rejeté en 2008 dans l’arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*. Aucun arrêt ultérieur de la Cour suprême n’est venu semer le doute sur la conclusion tirée par la Cour que le gouverneur en conseil était habilité à désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr conformément à l’article 159.3 du Règlement. Par conséquent, l’arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés* liait la Cour.



In conclusion, the Federal Court's judgment was set aside and the applications for judicial review were dismissed.

En conclusion, le jugement de la Cour fédérale a été annulé et les demandes de contrôle judiciaire ont été rejetées.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37(5), 38, 39, 39.1(7),(8).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 10(b), 11(h), 12, 15, 32.
- 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. 11, 13, 91.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 56.
- Directives for Ensuring a Continuing Review of Factors Set Out in Subsection 102(2) of the Immigration and Refugee Protection Act with Respect to Countries Designated Under Paragraph 102(1)(A) of That Act (2015)*, P.C. 2015-0809.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(2).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 41, 317, 318, 341.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 24(1), 25, 25.1, 25.2, 55, 74(d), 99(3), 101(1)(e), 102(1),(2),(3), 112(2)(b), 159.3.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 159.3.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 31(4), 35(1) "Governor General in Council or Governor in Council".
- Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2004-217, s. 2.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2, Art. 6.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E, F.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44], art. 1, 7, 8, 10b), 11h), 12, 15, 32.
- Directives visant à assurer le suivi de l'examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés à l'égard des pays désignés en vertu de l'alinéa 102(1)a) de cette loi (2015)*, C.P. 2015-0809.
- 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. 11, 13, 91.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44], art. 52.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(4), 35(1) « gouverneur en conseil ou gouverneur général en conseil ».
- Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 56.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37(5), 38, 39, 39.1(7),(8).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 24(1), 25, 25.1, 25.2, 55, 74d), 99(3), 101(1)e), 102(1),(2),(3), 112(2)b), 159.3.
- Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2004-217, art. 2.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.3.
- Règles des Cours fédérales*, DORS 98/106, règles 41, 317, 318, 341.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2, art. 6.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E, F.



## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, leave to appeal to S.C.C. refused [2009] 1 S.C.R. vi.

## APPLIED:

*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, (1999), 180 D.L.R. (4th) 1.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 (as to facts).

## CONSIDERED:

*Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, 444 D.L.R. (4th) 298; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148; *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238.

## REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2020 FCA 181; *Ratiopharm Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2007 FCA 261, 367 N.R. 103; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312; *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53; *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153;

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 1 R.C.S. vi.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. (Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, 1989 CanLII 26; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, 1990 CanLII 93; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, 1999 CanLII 637.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 (sur les faits).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132; *Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2020 CAF 181; *Ratiopharm Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2007 CAF 261; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72; *Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53; *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 1985 CanLII 74; *Symes c. Canada*,

*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 212, [2005] 1 F.C.R. 171; *A.G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, (1984), 10 D.L.R. (4th) 321; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, (1991), 131 N.R. 1; *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 177 D.L.R. (4th) 124; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365; *Saulnier v. Quebec Police Commission*, [1976] 1 S.C.R. 572, (1975), 57 D.L.R. (3d) 545; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, (1995), 125 D.L.R. (4th) 559 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; *Chrétien v. Canada (Ex-Commissioner, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities)*, 2008 FC 802, [2009] 2 F.C.R. 471; *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, (2015), 379 D.L.R. (4th) 737; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Habtenkiel v. Canada*

[1993] 4 R.C.S. 695, 1993 CanLII 55; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 212, [2005] 1 R.C.F. 171; *P.G. (Qué.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 1984 CanLII 32; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 1986 CanLII 12; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 1997 CanLII 366; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, 1991 CanLII 51; *Northern Telecom c. Travailleurs en communications*, [1980] 1 R.C.S. 115, 1979 CanLII 3; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 1997 CanLII 32; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, 1999 CanLII 653; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique*, 2009 CAF 15; *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572, 1975 CanLII 215; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, 1997 CanLII 323; *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, 2008 CF 802, [2009] 2 R.C.F. 417; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, 1981 CanLII 30; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, [2015] 3 R.C.F. 327; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554;

(*Citizenship and Immigration*), 2014 FCA 180, [2015] 3 F.C.R. 327; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; *Capital Regional District v. Concerned Citizens of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 842, (1982), 141 D.L.R. (3d) 385; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Canadian Judicial Council v. Girouard*, 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503; *Douglas v Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 865, [2019] 1 F.C.R. 404, affd 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268; *Canada (Human Rights Commission) v. Saddle Lake Cree Nation*, 2018 FCA 228; *Meggesson v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 175, 349 D.L.R. (4th) 416; *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8; *Lukács v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 103; *Bernard v. Public Service Alliance of Canada*, 2017 FCA 35; *Vancouver Airport Authority v. Commissioner of Competition*, 2018 FCA 24, [2018] 3 F.C.R. 633; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Alberta*, 2015 FCA 268, [2016] 3 F.C.R. 19; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 174 C.P.R. (4th) 85; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723; *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (S.C.J.); *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, (1999), 174 D.L.R. (4th) 111; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002

*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, 1993 CanLII 88; *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia et autres*, [1982] 2 R.C.S. 842, 1982 CanLII 220; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1990 CanLII 49; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 1998 CanLII 793; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Conseil canadien de la Magistrature c. Girouard*, 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 865, [2019] 1 R.C.F. 404, conf. par 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 128; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Nation crie de Saddle Lake*, 2018 CAF 228; *Meggesson c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 175; *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8; *Lukács c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 103; *Bernard c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2017 CAF 35; *Administration de l'aéroport de Vancouver c. Commissaire de la concurrence*, 2018 CAF 24, [2018] 3 R.C.F. 633; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Alberta*, 2015 CAF 268, [2016] 3 R.C.F. 19; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Media Inc.*, 2020 CAF 108; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, 1994 CanLII 117; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (C. sup.); *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, 1999 CanLII 689; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 1986 CanLII 5; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, 1987 CanLII 48; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 1991 CanLII 78; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 1998 CanLII 828; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 1995 CanLII 70; *R. c. Terry*, [1996] 2

SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, (1988), 158 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, (1996), 135 D.L.R. (4th) 214; *Reference Re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858, (1991), 84 D.L.R. (4th) 498; *United States of America v. Jamieson*, [1996] 1 S.C.R. 465, (1996), 197 N.R. 1; *United States v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467, (1996), 132 D.L.R. (4th) 575; *United States v. Ross*, [1996] 1 S.C.R. 469, (1996), 132 D.L.R. (4th) 383; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, (1994), 120 D.L.R. (4th) 348; *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143; *Defence Construction Canada v. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 FCA 133, [2018] 2 F.C.R. 269; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, (1995), 96 C.C.C. (3d) 481; *Sandhu Singh Hamdard Trust v. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 FCA 295, 169 C.P.R. (4th) 325; *Canada v. Piot*, 2019 FCA 53, 437 D.L.R. (4th) 706; *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920.

## AUTHORS CITED

French, Richard. “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*, 3rd ed. Toronto: Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979.

Grey, J. H. “Sections 96 to 100: A Defense” (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018.

Morgan, Brian. “Proof of Facts in Charter Litigation” in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*, Toronto: Butterworths, 1987.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2004-217, *C. Gaz.* 2004.II.1622.

Warchuk, Paul A. “The Role of Administrative Reasons in Judicial Review: Adequacy and Reasonableness” (2016), 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87

Ward, Norman. *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed. Toronto: University of Toronto Press, 1987.

R.C.S. 207, 1996 CanLII 199; *Renvoi relatif à l’extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858, 1991 CanLII 79; *États-Unis d’Amérique c. Jamieson*, [1996] 1 R.C.S. 465, 1996 CanLII 224; *États-Unis d’Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467, 1996 CanLII 225; *États-Unis d’Amérique c. Ross*, [1996] 1 R.C.S. 469, 1996 CanLII 226; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, 1998 CanLII 802; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 1994 CanLII 34; *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143; *Construction de défense Canada c. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 CAF 133, [2018] 2 R.C.F. 269; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 1995 CanLII 138; *Sandhu Singh Hamdard Trust c. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 CAF 295; *Canada c. Piot*, 2019 CAF 53; *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920.

## DOCTRINE CITÉE

French, Richard. “The Privy Council Office : Support for Cabinet Decision Making” dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak et John C. Terry, éd., *The Canadian Political Process*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979.

Grey, J. H. “Sections 96 to 100 : A Defense” (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd. Toronto : Lexis Nexis, 2018.

Morgan, Brian. “Proof of Facts in Charter Litigation” dans Robert J. Sharpe, éd., *Charter Litigation*, Toronto : Butterworths, 1987.

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2004-217, *Gaz. C.* 2004.II.1622.

Warchuk, Paul A. “The Role of Administrative Reasons in Judicial Review : Adequacy and Reasonableness” (2016), 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87.

Ward, Norman. *Dawson’s The Government of Canada*, 6<sup>e</sup> éd. Toronto : University of Toronto Press, 1987.



APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 770, [2021] 1 F.C.R. 209, 448 D.L.R. (4th) 132) concerning the constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour fédérale (2020 CF 770, [2021] 1 R.C.F. 209) concernant la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada. Appel accueilli, appel incident rejeté.

#### APPEARANCES

*Martin Anderson, David Knapp, Lucan Gregory and Laura Upans* for appellants.  
*Andrew Brouwer, Michael Bossin, Leigh Salsberg, Heather Neufeld, Erin Simpson and Kate Webster* for respondents Canadian Council for Refugees, Amnesty International and The Canadian Council of Churches.  
*Prasanna Balasundaram* for respondents ABC, DE, FG, Nedira Jemal Mustefa.  
*Jared Will and Joshua Blum* for respondents Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs, and Reda Yassin Al Nahass.

#### ONT COMPARU :

*Martin Anderson, David Knapp, Lucan Gregory et Laura Upans* pour les appelants.  
*Andrew Brouwer, Michael Bossin, Leigh Salsberg, Heather Neufeld, Erin Simpson et Kate Webster* pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie Internationale et le Conseil canadien des églises.  
*Prasanna Balasundaram* pour les intimés ABC, DE, FG, Nedira Jemal Mustefa.  
*Jared Will et Joshua Blum* pour les intimés Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto*, for respondents Canadian Council for Refugees, Amnesty International and The Canadian Council of Churches.  
*Downtown Legal Services, Toronto*, for respondents ABC, DE, FG, Nedira Jemal Mustefa.  
*Jared Will & Associates, Toronto*, for respondents Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs and Reda Yassin Al Nahass.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.  
*Refugee Law Office, Toronto*, pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et le Conseil canadien des églises.  
*Downtown Legal Services, Toronto*, pour les intimés ABC, DE, FG et Nedira Jemal Mustefa.  
*Jared Will & Associates, Toronto*, pour les intimés Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass.

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

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

[1] STRATAS J.A.: The appellants (Canada) appeal from the judgment of the Federal Court (*per* McDonald J.): 2020 FC 770, [2021] 1 F.C.R. 209, 448 D.L.R. (4th) 132. The respondents to the appeal (the “Claimants”) cross-appeal. Broadly speaking, the appeal and the cross-appeal concern the constitutional validity of certain legislative

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelants (ci-après le Canada) interjettent appel du jugement rendu par la Cour fédérale (sous la plume de la juge McDonald) sous la référence 2020 CF 770, [2021] 1 R.C.F. 209. Les intimés dans l'appel (ci-après les demandeurs) interjettent un appel incident. En termes généraux, l'appel et l'appel

provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada. To understand the nature of the appeal and cross-appeal, a brief description of the background is needed.

[2] As a general matter, refugee claimants arriving from a country designated as a safe country under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the “Regulations”) are ineligible to claim refugee protection in Canada: *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the “Act”), paragraph 101(1)(e). Since 2004, the United States has been designated: Regulations, section 159.3. This designation followed an agreement between the United States and Canada, commonly called the Safe Third Country Agreement.

[3] Since that time, many refugee claimants arriving from the United States have been ruled ineligible for refugee protection in Canada. Among these were the individual Claimants. They and certain advocacy organizations for refugees brought three judicial reviews in the Federal Court.

[4] In their applications for judicial review, the Claimants alleged that the designation of the United States under 9.3 of the Regulations was outside of the authority granted by the Act (i.e., was *ultra vires*). The Federal Court rejected that allegation.

[5] The Claimants also alleged that the designation of the United States as a safe third country under section 159.3 of the Regulations and the resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under paragraph 101(1)(e) of the Act infringed the rights guaranteed by sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] and were not justified as a reasonable limit on rights under section 1.

[6] The Federal Court agreed that these two provisions infringed section 7 of the Charter and were not justified

incident portent sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l’asile au Canada. Pour cerner la nature de l’appel et de l’appel incident, il est nécessaire de brosser un tableau de la situation.

[2] En règle générale, les demandes d’asile des personnes en provenance d’un pays désigné comme pays sûr sous le régime du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, (ci-après le Règlement) ne sont pas recevables au Canada (*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (ci-après la Loi), alinéa 101(1)e)). Depuis 2004, les États-Unis sont un pays désigné (Règlement, article 159.3). Cette désignation découle d’un accord intervenu entre les États-Unis et le Canada, communément appelé l’Entente sur les tiers pays sûrs.

[3] Depuis, de nombreuses demandes d’asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada. Celles des demandeurs qui sont des particuliers dans la présente instance étaient de ce nombre. Avec des organisations de défense des droits des réfugiés, ils ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire en Cour fédérale.

[4] Les demandeurs soutenaient que la désignation des États-Unis sous le régime de l’article 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la Loi (*ultra vires*). La Cour fédérale a rejeté cette prétention.

[5] Les demandeurs affirmaient également que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l’article 159.3 du Règlement et l’irrecevabilité des demandes d’asile au Canada prévue à l’alinéa 101(1)e) de la Loi en découlant restreignaient les droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. Selon eux, ces restrictions ne pouvaient se justifier au regard de l’article premier.

[6] La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l’article 7 de la Charte et n’étaient



under section 1. It declared them of no force or effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Given this conclusion, the Federal Court found it unnecessary to deal with the section 15 issues.

[7] The Federal Court stayed its judgment for six months. This Court granted a further stay until final determination of this appeal: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2020 FCA 181.

[8] In its appeal, Canada focuses on the Federal Court's finding of unjustifiable infringement of section 7 of the Charter.

[9] In their cross-appeal, the Claimants focus on the Federal Court's decision not to deal with the issues concerning section 15 of the Charter. They also challenge the Federal Court's rejection of their *ultra vires* argument.

[10] For the reasons that follow, I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, set aside the judgment of the Federal Court and dismiss the applications for judicial review.

#### A. Preliminary issues

(1) *Is the cross-appeal improper?*

[11] Canada submits that the Claimants' cross-appeal is improper and should be summarily dismissed.

[12] Canada's submission is well founded. A cross-appeal lies when a party "seeks a different disposition of the [judgment] appealed from": rule 341 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. "[D]ifferent disposition" means a remedy that will have real-life, practical consequences for the party cross-appealing. A cross-appeal does not lie simply because a party is dissatisfied with the reasons for judgment: *Ratiopharm Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2007 FCA 261, 367 N.R. 103, at paragraphs 6 and 12.

pas justifiées au regard de l'article premier. Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'article 15.

[7] La Cour fédérale a ordonné un sursis de six mois à l'exécution de son jugement. Notre Cour a prorogé le sursis jusqu'à ce qu'elle tranche l'appel (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2020 CAF 181).

[8] L'appel du Canada porte sur la conclusion tirée par la Cour fédérale quant à l'atteinte injustifiée aux droits protégés par l'article 7 de la Charte.

[9] L'appel incident des demandeurs porte sur la décision de la Cour fédérale de ne pas examiner les questions relatives à l'article 15 de la Charte. Ils reprochent également à la Cour fédérale d'avoir rejeté leur argument quant à la légalité de la désignation.

[10] Pour les motifs énoncés ci-après, j'accueillerais l'appel, je rejetterais l'appel incident, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire.

#### A. Questions préliminaires

1) *L'appel incident est-il interjeté à mauvais droit?*

[11] Selon le Canada, l'appel incident est interjeté à mauvais droit par les demandeurs et devrait être rejeté de façon sommaire.

[12] L'argument du Canada est fondé. Une partie peut interjeter un appel incident si elle « entend demander la réformation [du jugement] port[é] en appel » (alinéa 341(1)(b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS 98/106). Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l'appel incident. Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu'elle n'est pas satisfaite des motifs de jugement (*Ratiopharm Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2007 CAF 261, aux paragraphes 6 et 12).

[13] In the Federal Court, two sets of Claimants sought a specific declaration that section 15 of the Charter was infringed. All of the Claimants sought a specific declaration that section 159.3 of the Regulations was *ultra vires*. The Federal Court did not grant these specific declarations.

[14] But the Federal Court's failure to grant these declarations does not have any real-life, practical consequences for the Claimants: they wanted the two provisions struck down and they were struck because they infringed section 7. The Claimants take issue with the Federal Court's reasons, not its judgment. Therefore, I would dismiss the cross-appeal.

(2) *Are the section 15 and vires issues properly before this Court?*

[15] Canada also submits that the section 15 and *vires* issues are not properly before this Court.

[16] This Court can hear and determine appeals under the Act when the Federal Court has certified a proper question for its consideration or where one of the narrow common law exceptions applies: paragraph 74(d). The Federal Court included section 15 in the certified question even though it did not deal with section 15. Because of this, Canada submits that the Federal Court should not have included section 15 in the certified question.

[17] We need not consider this submission. Canada accepts that, aside from the inclusion of section 15, this Court has a proper certified question before it concerning section 7 of the Charter. Once there is a proper certified question before the Court, all issues that might affect the outcome of the appeal, including, here, the section 15 and *vires* issues, are before the Court: *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 50 and authorities cited therein. The Claimants can advance any argument to sustain the judgment below: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at page 621, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36.

[13] Deux groupes de demandeurs avaient sollicité de la part de la Cour fédérale une déclaration de contravention à l'article 15 de la Charte. Tous les demandeurs voulaient qu'elle déclare que l'article 159.3 du Règlement outrepassait les pouvoirs conférés. Elle n'a pas accédé à ces demandes.

[14] Or, les demandeurs n'ont subi aucune répercussion véritable et pratique découlant du refus de la Cour fédérale de prononcer ces déclarations. Ils sollicitaient l'invalidation des deux dispositions, et elles ont été invalidées pour violation de l'article 7. Ils reprochent à la Cour fédérale, non pas son jugement, mais ses motifs. Par conséquent, je rejetterais l'appel incident.

2) *La Cour est-elle saisie à bon droit des questions relatives à l'article 15 et à la légalité de la désignation?*

[15] Le Canada soutient également que notre Cour n'est pas saisie à bon droit des questions relatives à l'article 15 et à la légalité de la désignation.

[16] La Cour peut instruire et trancher les appels interjetés au titre de la Loi dans les cas où la Cour fédérale a certifié qu'il existe une question à examiner ou lorsque s'applique l'une des quelques exceptions de common law (alinéa 74d)). La Cour fédérale a mentionné l'article 15 dans la question certifiée, et ce même si elle ne l'a pas examinée. Ainsi, le Canada affirme que la Cour fédérale a eu tort de mentionner l'article 15 dans la question certifiée.

[17] Point n'est besoin pour nous d'examiner cette prétention. Le Canada accepte que, nonobstant la mention de l'article 15, la Cour soit saisie à bon droit d'une question certifiée portant sur l'article 7 de la Charte. Dès lors que la Cour est saisie à bon droit d'une question certifiée, elle peut examiner toutes les questions susceptibles d'influer sur l'issue de l'appel — y compris en l'occurrence les questions relatives à l'article 15 et à la légalité de la désignation (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 50 et la jurisprudence qui y est mentionnée). Il est loisible aux demandeurs d'invoquer tous les arguments, comme bon leur semble, en

faveur du jugement de première instance (*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la page 621, 1992 CanLII 72).

[18] As a result, all issues that were before the Federal Court are now before this Court.

[18] Par conséquent, la Cour peut examiner toutes les questions dont la Cour fédérale était saisie.

B. The Safe Third Country Agreement, the legislative scheme and an administrative policy

B. Entente sur les tiers pays sûrs, régime légal et politique administrative

(1) *Description*

1) *Description*

[19] In 2002, Canada and the United States entered into an agreement, commonly called the Safe Third Country Agreement, to share responsibility for refugees: *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*, United States and Canada, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2 (entered into force on December 29, 2004).

[19] En 2002, le Canada et les États-Unis ont conclu un accord, communément appelé l'Entente sur les tiers pays sûrs, en vue de partager la responsabilité à l'égard des réfugiés (*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, États-Unis d'Amérique et Canada, 5 décembre 2002 [2004] R.T. Can. n° 2 (entré en vigueur le 29 décembre 2004)).

[20] Under the Safe Third Country Agreement, refugee claimants must request refugee protection in the first country, Canada or the United States, that they arrive in unless they qualify for an exception. Exceptions include claimants who have family in Canada and unaccompanied minors. The Safe Third Country Agreement also does not apply to those who enter Canada irregularly or to most individuals who arrive by sea or by air.

[20] Aux termes de l'Entente sur les tiers pays sûrs, les demandeurs d'asile doivent faire leur demande dans le premier pays d'entrée, soit le Canada, soit les États-Unis, à moins qu'ils ne soient visés par une exception. Les exceptions s'appliquent à ceux qui ont de la famille au Canada et aux mineurs non accompagnés. L'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique pas non plus à ceux qui entrent au Canada de manière irrégulière ou à la plupart des demandeurs qui arrivent par mer ou par air.

[21] Thus, those who arrive in the United States must claim refugee status in the United States under United States law. They cannot leave the United States and claim refugee status in Canada at a land port of entry. If they do so, Canada can refuse to consider their refugee claim and, if they have no other legal basis for remaining in Canada, return them to the United States.

[21] En conséquence, ceux qui arrivent aux États-Unis doivent y demander l'asile sous le régime des lois américaines. Ils ne peuvent quitter les États-Unis pour demander l'asile au Canada à un point d'entrée terrestre. Le cas échéant, le Canada peut refuser d'examiner leur demande d'asile et les renvoyer aux États-Unis s'ils n'ont pas d'autre motif légal leur permettant de demeurer au Canada.

[22] Like all other international instruments, the Safe Third Country Agreement, by itself, does not have force of law in Canada. It must be implemented by Canadian legislation. That has happened.

[22] À l'instar des autres instruments internationaux, l'Entente sur les tiers pays sûrs n'a pas force de loi d'office au Canada. Elle doit être mise en œuvre au Canada par voie législative, ce qui a été fait.

[23] The legislative scheme is an interrelated one with many moving parts. It is supplemented by an Order in Council. And beneath it is an administrative policy that tells us how one aspect of this legislative scheme—continual reviews of the designation of a foreign country under subsection 102(3) of the Act—is supposed to work. In describing this legislative scheme, the Court draws in part upon its earlier analysis in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136 [*Canadian Council for Refugees*], leave to appeal to S.C.C. refused February 5, 2009, [2009] 1 S.C.R. vi.

[24] The legislative scheme reflects the philosophy that “where a refugee claimant could have sought protection in another safe country, it is reasonable and appropriate to require the refugee claimant to return and make use of that opportunity”: Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2004-217, section 2, *C. Gaz.* 2004.II.1622, at page 1622;. By implementing this philosophy, Canada can share with other countries “the responsibility for providing protection to those in need, improve the efficacy of the refugee determination system and restore public confidence in that system” (at 1622).

[25] The legislative scheme begins with subsection 99(3) of the Act. It provides that those who arrive at a port of entry in Canada and intend to claim refugee status must make that claim to an immigration officer. Upon receiving the claim, the officer must determine whether it is eligible to be referred to the Refugee Protection Division for adjudication. One circumstance of ineligibility is where “the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations”: paragraph 101(1)(e) of the Act.

[26] Subsection 102(1) of the Act authorizes the making of regulations designating a country. A country can be designated having regard to four factors.

[27] The first factor is that the country has entered into a safe third country agreement or, in the words of paragraph 102(2)(d) of the Act, “an agreement with the Government of Canada for the purpose of sharing

[23] Le régime légal est constitué de plusieurs composantes interreliées. Y est joint un décret. En outre, il est supporté par une politique administrative qui vient expliquer le fonctionnement d’un aspect de ce régime légal, à savoir le réexamen régulier de la désignation d’un pays au titre du paragraphe 102(3) de la Loi. Dans sa description du régime légal, la Cour s’inspire en partie de l’analyse qu’elle fait dans un arrêt antérieur, soit *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 5 février 2009, [2009] 1 R.C.S. vi.

[24] Le régime légal traduit le principe selon lequel « dans le cas où un réfugié aurait pu demander la protection d’un autre pays sûr, il est raisonnable et approprié de lui demander de retourner dans ce pays et de profiter de cette occasion » (Résumé d’impact de la réglementation, DORS/2004-217, art. 2, *Gaz. C.* 2004.II.1622, à la page 1622). En appliquant ce principe, le Canada est en mesure de partager avec d’autres pays « la responsabilité d’assurer une protection aux personnes qui en ont besoin, d’accroître l’efficacité du processus d’octroi de l’asile et de rétablir la confiance du public en ce processus » (à la page 1622).

[25] Le point de départ du régime légal est le paragraphe 99(3) de la Loi. Aux termes de cette disposition, toute personne qui se présente à un point d’entrée au Canada dans l’intention d’y demander l’asile doit présenter sa demande à un agent d’immigration. L’agent décide alors si la demande est recevable, auquel cas il la transmet à la Section de la protection des réfugiés, qui la tranchera. La demande est notamment irrecevable si le demandeur est « arriv[é], directement ou indirectement, d’un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle » (alinéa 101(1)e) de la Loi).

[26] Le paragraphe 102(1) de la Loi permet la prise de règlements en vue de la désignation d’un pays. La désignation d’un pays dépend de quatre facteurs.

[27] Premièrement, le pays doit être partie à un accord sur les tiers pays sûrs ou, pour reprendre le libellé de l’alinéa 102(2)d) de la Loi : « un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l’examen

responsibility with respect to claims for refugee protection.” In this case, the Safe Third Country Agreement is such an agreement.

[28] Subsection 102(2) of the Act sets out the remaining three factors: “whether the country is a party to the Refugee Convention and to the Convention Against Torture”, the “policies and practices” of the country concerning “claims under the Refugee Convention and ... obligations under the Convention Against Torture”, and the “human rights record” of the country.

[29] In 2004, the Governor in Council designated the United States under section 159.3 of the Regulations: [*Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*], SOR/2004-217, section 2. At that time, it concluded that the United States met all four factors for designation under subsection 102(2): *Canadian Council for Refugees*.

[30] The power to designate a country based on the subsection 102(2) factors includes the power to revoke designation of a country based on those same factors: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 31(4). Revocation of designation can be achieved by repealing the regulatory provision designating the foreign country (here 159.3 of the Regulations). Revocation of designation might happen if the foreign country enacts new legislation, issues new executive orders, renders new judicial decisions or adopts administrative practices that bring it out of compliance with the subsection 102(2) factors.

[31] Recognizing the possibility of revocation based on non-compliance with the subsection 102(2) factors, Parliament created a mechanism to monitor the designated country’s compliance on an ongoing basis. Subsection 102(3) of the Act provides the mechanism: “continuing review” of the foreign country’s compliance with the four factors.

[32] Subsection 102(3) does not stand alone. It leaves certain questions unanswered. What does “continuing review” mean? What sort of “review”? Who should do it? What should be looked at in a review?

des demandes d’asile ». En l’espèce, l’Entente sur les tiers pays sûrs constitue un tel accord.

[28] Ensuite, trois autres facteurs sont énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi : « le fait que [le] pays [est] parti[c] à la Convention sur les réfugiés et à la Convention contre la torture », ses « politiques et usages » en ce qui touche « la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture » et les antécédents du pays « en matière de respect des droits de la personne ».

[29] En 2004, le gouverneur en conseil a désigné les États-Unis au titre de l’article 159.3 du Règlement [*Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*], DORS/2004-217, article 2. À l’époque, il estimait que les États-Unis respectaient les quatre facteurs dont dépend la désignation, prévus au paragraphe 102(2) (*Conseil canadien pour les réfugiés*).

[30] Le pouvoir de désigner un pays sur le fondement des facteurs énumérés au paragraphe 102(2) comporte celui de révoquer la désignation du pays sur le même fondement (*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, paragraphe 31(4)). Révoquer une désignation implique d’abroger la disposition réglementaire qui la confère (en l’occurrence l’article 159.3 du Règlement). Il est possible de révoquer la désignation d’un pays s’il adopte de nouvelles lois, prend des décrets, rend des jugements ou adopte des pratiques administratives qui font en sorte qu’il ne satisfait plus aux facteurs énumérés au paragraphe 102(2).

[31] Le législateur, reconnaissant la possibilité d’une révocation pour non-respect des facteurs énumérés au paragraphe 102(2), a créé un mécanisme permettant d’évaluer régulièrement la conformité d’un pays désigné. Le paragraphe 102(3) de la Loi prévoit ce mécanisme, à savoir « le suivi de l’examen » des quatre facteurs.

[32] Cette disposition n’existe pas isolément. Elle soulève certaines questions sans fournir de réponse. Que signifie « le suivi de l’examen »? En quoi consiste « l’examen »? À qui incombe la responsabilité d’effectuer l’examen? Sur quels éléments porte un tel examen?

[33] In 2004, the Governor in Council made an Order in Council that answers some of these questions. In 2015, that Order in Council was replaced by a new one which is still in force: *Directives for Ensuring a Continuing Review of Factors Set Out in Subsection 102(2) of the Immigration and Refugee Protection Act with Respect to Countries Designated Under Paragraph 102(1)(A) of That Act (2015)*, P.C. 2015-0809, <<https://orders-in-council.canada.ca/attachment.php?attach=31132&lang=en>>. And an administrative policy also helps to answer them: Immigration, Refugees and Citizenship Canada, *Monitoring Framework for the U.S. Designation As a Safe Third Country*, June 2015 (Baril affidavit, sworn October 11, 2019, Exhibit E, appeal book, Vol. 37, page 15662–15667).

[34] The 2015 Order in Council requires “a continuing review of factors set out in subsection 102(2)” to ensure the designation of the United States as a safe third country remains appropriate. The Minister of Citizenship and Immigration is to “undertake a review, on a continual basis, of the factors set out in subsection 102(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* with respect to the United States” by “monitoring those factors on a regular basis”. The “Minister must report to the Governor in Council on that review when the circumstances warrant”.

[35] Under the 2015 Order in Council, if the Minister’s review of the subsection 102(2) factors favours continuing the designation, the Minister need not do anything. But if the Minister’s review detects problems that warrant the Governor in Council’s attention, the Minister must make a report to the Governor in Council. Upon receiving the report, the Governor in Council considers whether the designation of the foreign country should be revoked.

[36] Why was the Governor in Council given the responsibility to decide on matters of designation and revocation? Answering this question helps to shed light on the nature and content of the Governor in Council’s decision: *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, at paragraph 76.

[33] En 2004, le gouverneur en conseil a pris un décret qui fournit certaines réponses. En 2015, ce texte a été remplacé par un nouveau décret qui est toujours en vigueur (*Directives visant à assurer le suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés à l’égard des pays désignés en vertu de l’alinéa 102(1)a de cette loi (2015)*), C.P. 2015-0809, <<https://orders-in-council.canada.ca/attachment.php?attach=31132&lang=fr>>. Une politique administrative fournit également des réponses (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Monitoring Framework for the U.S. Designation As a Safe Third Country*, juin 2015 (affidavit de Baril, souscrit le 11 octobre 2019, pièce E, dossier d’appel, vol. 37, aux pages 15662 à 15667).

[34] Le décret de 2015 exige que l’on procède « au suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) » pour faire en sorte que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr demeure justifiée. Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration « procède, sur une base régulière, au suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* à l’égard des États-Unis » en « surveillant ces facteurs sur une base régulière ». Le ministre « fait rapport au gouverneur en conseil relativement à cet examen si les circonstances le justifient ».

[35] Aux termes du décret de 2015, si le ministre conclut à l’issue de l’examen effectué à la lumière des facteurs énumérés au paragraphe 102(2) qu’il y a lieu de maintenir la désignation, il n’a rien de plus à faire. En revanche, s’il détecte des problèmes qui nécessitent l’attention du gouverneur en conseil, le ministre doit présenter un rapport à ce dernier qui décide alors s’il convient de révoquer la désignation du pays étranger.

[36] Pourquoi incombe-t-il au gouverneur en conseil de se prononcer sur les questions concernant la désignation et la révocation? La réponse à cette question permet d’éclairer la nature et la teneur de la décision du gouverneur en conseil (*Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312, au paragraphe 76).



[37] The Governor in Council is the “Governor General of Canada acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen’s Privy Council for Canada”: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 35(1), and see also 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], sections 11, 13 and 91. All the ministers of the Crown, not just the Minister, are active members of the Queen’s Privy Council for Canada. They meet in a body known as Cabinet. Cabinet—sitting at the apex of the executive of the Canadian government—is “to a unique degree the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation” and, by convention, it attempts to represent different geographic, linguistic, religious, and ethnic groups: Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed. (Toronto: University of Toronto Press, 1987), at pages 203–204; Richard French, “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*, 3rd ed. (Toronto: Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979) at pages 363–394. All the levers of government are present at the Cabinet table.

[38] In response to a report from the Minister raising concerns, the Governor in Council can consider whether to maintain the foreign country’s designation or revoke it. But given its status, nature and powers, the Governor in Council can do much more. It can authorize diplomatic, state-to-state discussions with the government of the foreign country to try to fix anything that casts into doubt the country’s compliance with the subsection 102(2) factors. From those discussions, it may learn of developments that could impact on the designation but it may also learn that the foreign country will address these developments through new initiatives. It can also amend the Regulations and tailor the exceptions under the scheme to address any new developments: paragraph 102(1)(c) of the Act and Article 6 of the Safe Third Country Agreement. It may have other policy considerations to consider. It may ask for further investigations to be made. This is not necessarily an exhaustive list.

[37] Le gouverneur en conseil s’entend du « gouverneur général du Canada agissant sur l’avis ou sur l’avis et avec le consentement du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou conjointement avec celui-ci » (*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, paragraphe 35(1), voir également 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], articles 11, 35 et 91). Tous les ministres de la Couronne, et non seulement le ministre, sont des membres actifs du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ils constituent le Cabinet. Situé à la cime du pouvoir exécutif au sein du gouvernement canadien, le Cabinet est [TRADUCTION] « à un degré incomparable le grand ordonnateur des intérêts divergents provinciaux, transversaux, religieux, raciaux et autres dans le pays ». Les conventions veulent qu’il tente de représenter divers groupes géographiques, linguistiques, religieux et ethniques (Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6<sup>e</sup> éd., Toronto, University of Toronto Press, 1987, aux pages 203 à 204; Richard French, « The Privy Council Office : Support for Cabinet Decision Making » dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak et John C. Terry, éd., *The Canadian Political Process*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979, aux pages 363 à 394). Tous les leviers du gouvernement sont représentés à la table du Cabinet.

[38] En réponse à un rapport du ministre soulevant des préoccupations, le gouverneur en conseil peut envisager le maintien ou la révocation de la désignation du pays étranger. Or, vu sa situation, sa nature et ses pouvoirs, le gouverneur en conseil peut faire bien davantage. Il est habilité à autoriser la tenue de pourparlers diplomatiques avec le gouvernement du pays en question en vue de tenter de remédier à la situation qui jette le doute sur le respect par le pays des facteurs prévus au paragraphe 102(2). Il peut être informé, dans le cadre de tels pourparlers, d’une évolution de la situation susceptible de jouer sur la désignation, mais apprendre aussi que le pays en question remédiera à la situation par de nouvelles initiatives. Il lui est également loisible de modifier le Règlement pour adapter les exceptions prévues au régime afin de suivre l’évolution de la situation (alinéa 102(1)c) de la Loi et article 6 de l’Entente sur les tiers pays sûrs). Il peut avoir à tenir compte d’autres

[39] To assist in the conducting of subsection 102(3) reviews, an administrative policy has been developed. It is entitled, “Monitoring Framework for the U.S. Designation as a Safe Third Country”.

[40] The Monitoring Framework requires subsection 102(3) reviews to focus on systemic concerns in the United States, not isolated incidents. The reviews are “to track developments in the U.S.” that “would considerably weaken the level of human rights and refugee protection that the U.S. provides” and, thus, cast doubt “on its ability to continue to meet the criteria for designation as a safe third country”. It requires subsection 102(3) reviews to be conducted continually so that Immigration, Refugees and Citizenship Canada can “identify, in a timely manner, changes in the U.S.” that might affect “its status as a safe third country”. This furthers “responsible action and decision-making” on whether the designation of the United States remains appropriate.

[41] The Monitoring Framework requires subsection 102(3) reviews to examine two sets of indicators:

- *Indicators concerning significant changes in the United States refugee protection system.* These include how the United States applies the non-refoulement principle, how it applies exclusion clauses in the United Nations Conventions Relating to the Status of Refugees [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (e.g., clauses 1E and 1F), its consistency and quality of adjudication, whether refugee claimants have effective access to counsel, the United States’ practices of detention and the operation of its judicial system.
- *Indicators to monitor the human rights record of the United States.* These include the observance in the United States of the rights contained in

considérations administratives. Il peut demander que l’on examine davantage la situation. La liste qui précède n’est pas forcément exhaustive.

[39] Une politique administrative intitulée Monitoring Framework for the U.S. Designation as a Safe Third Country (Cadre de surveillance relatif à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr) encadre la tenue des examens prévus au paragraphe 102(3).

[40] Le Cadre de surveillance prévoit un examen des risques systémiques aux États-Unis, non pas d’incidents isolés. L’examen sert à [ TRADUCTION] « suivre les changements aux É.-U. » susceptibles d’« éroder considérablement la protection des droits de la personne et des réfugiés offerte aux É.-U. » et, donc, de semer le doute « sur la faculté de ce pays de satisfaire aux critères de désignation à titre de tiers pays sûr ». Aux termes du Cadre de surveillance, l’examen prévu au paragraphe 102(3) est continu, de sorte qu’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada puisse « reconnaître rapidement les changements aux É.-U. » susceptibles de jouer sur sa « désignation à titre de tiers pays sûr ». Une telle démarche favorise les « actes et la prise de décision responsables » permettant de décider s’il convient de maintenir la désignation des États-Unis.

[41] Le Cadre de surveillance prévoit que les examens prévus au paragraphe 102(3) portent sur deux groupes d’indicateurs :

- *Indicateurs sur les changements importants entourant le système américain de protection des réfugiés.* Ces indicateurs révèlent comment les États-Unis appliquent le principe du non-refoulement et les dispositions d’exclusion prévues à la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (p. ex. les articles 1E et 1F), l’uniformité et la qualité de ses décisions, la possibilité pour les demandeurs d’asile d’être représentés, les pratiques américaines en matière de détention et le fonctionnement de son système judiciaire.
- *Indicateurs sur les antécédents des États-Unis en matière de respect des droits de la personne.* Il s’agit notamment du respect des droits protégés

“long-standing core U.N. human rights legal instruments”: life, liberty and security of the person, access of refugee claimants to an independent judiciary, civic and political freedoms, the rights of non-citizens, and freedom from discrimination.

These help to ensure that subsection 102(3) reviews are detailed and thorough.

[42] Both indicators are to be examined using quantitative and qualitative information from a wide variety of governmental and non-governmental sources, such as documents from U.N. sources, publications of international human rights organizations and supra-national and regional organizations, international media, U.S. government publications and reports from reputable non-government organizations such as the Claimants, the Canadian Council for Refugees, Amnesty International and the Canadian Council of Churches.

[43] Other portions of the Act are potentially relevant and, thus, form part of this legislative scheme. Under the Act, Canadian immigration officers, upon finding a claimant is ineligible, have a number of powers and discretions. These include:

- Issuing a temporary residence permit under subsection 24(1) of the Act;
- Deferring removal upon request if the officer finds that exceptional circumstances exist based on evidence of risk of death, extreme sanction, or inhumane treatment: *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355, at paragraphs 50–52; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133;

par [TRADUCTION] « les principaux instruments juridiques de l’O.N.U. sur la protection des droits de la personne établis de longue date » : vie, liberté et sécurité de la personne, possibilité pour les demandeurs d’asile d’être entendus par un tribunal indépendant, libertés civiles et politiques, droits des non-citoyens et protection contre la discrimination.

Ces indicateurs permettent d’assurer la tenue d’examen détaillés et complets sous le régime du paragraphe 102(3).

[42] On fait appel, dans l’examen des deux groupes d’indicateurs, à des renseignements quantitatifs et qualitatifs provenant d’une grande diversité de sources gouvernementales et non gouvernementales. Par exemple, on consulte des documents issus de l’O.N.U., des publications d’organisations internationales de défense des droits de la personne et d’organisations supranationales et régionales, des médias de l’étranger, des publications gouvernementales américaines et des rapports rédigés par des organisations non gouvernementales fiables comme les demandeurs en l’espèce, à savoir le Conseil canadien des réfugiés, Amnesty Internationale et le Conseil canadien des Églises.

[43] D’autres éléments de la Loi peuvent se révéler pertinents; partant, ils font partie du régime légal. La Loi confère aux agents d’immigration canadiens des pouvoirs qu’ils peuvent exercer une fois qu’ils ont jugé irrecevable une demande. Parmi ces pouvoirs on compte les suivants :

- Délivrer un permis de séjour temporaire en vertu du paragraphe 24(1) de la Loi;
- Proroger le renvoi sur demande si l’agent estime qu’il existe des circonstances exceptionnelles révélant un risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain (*Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355, aux paragraphes 50 à 52; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133);

- Transferring the matter to Immigration, Refugees and Citizenship Canada when an officer determines there are exceptional circumstances. Based on humanitarian and compassionate considerations or public policy considerations, Immigration, Refugees and Citizenship Canada can decide whether to grant access to the Refugee Protection Division by waiving either the ineligibility finding under paragraph 101(1)(e) of the Act or the pre-removal risk assessment bar under paragraph 112(2)(b) of the Act: Act, sections 25, 25.1 and 25.2.
- Renvoyer le dossier à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada si l'agent conclut à l'existence de circonstances exceptionnelles. Pour des motifs d'ordre humanitaire ou en raison de considérations de politiques générales, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada peut décider s'il y a lieu de saisir la Section de la protection des réfugiés en annulant la conclusion quant à l'irrecevabilité de la demande en application de l'alinéa 101(1)e de la Loi ou l'interdiction découlant de l'examen des risques avant renvoi en application de l'alinéa 112(2)b de la Loi (articles 25, 25.1 et 25.2 de la Loi).

[44] As well, refugee claimants have access to the Federal Court if they believe the circumstances of their removal warrant the Court's intervention: *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, at paragraph 87; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53, at paragraphs 158–159.

[44] En outre, les demandeurs d'asile peuvent s'adresser à la Cour fédérale s'ils estiment que les circonstances de leur renvoi justifient l'intervention de cette dernière (*Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700, au paragraphe 87; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53, aux paragraphes 158 à 159).

[45] This Court's case law shows that these powers and discretions can work to alleviate harsh effects caused by the Act: see *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153, at paragraphs 13–23; *Tapambwa*, at paragraphs 87–88; *Revell*, at paragraphs 50–52; *Brown*, at paragraphs 150–159.

[45] La jurisprudence de notre Cour démontre que ces pouvoirs permettent d'atténuer les conséquences néfastes découlant de l'application de la Loi (voir *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153, aux paragraphes 13 à 23; *Tapambwa*, aux paragraphes 87 à 88; *Revell*, aux paragraphes 50 à 52; *Brown*, aux paragraphes 150 à 159).

## (2) *Assessment and conclusion*

## 2) *Évaluation et conclusion*

[46] Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations are part of an interrelated legislative scheme. The two sections do not sit alone and in isolation. It is artificial to view and analyze them in the abstract, all the more so after a foreign country has been designated. After designation, subsection 102(3) reviews are to take place continually to ensure that designation remains appropriate.

[46] L'alinéa 101(1)e de la Loi et l'article 159.3 du Règlement appartiennent à un régime légal dont les composantes sont interreliées. Ces deux dispositions n'existent pas en vase clos. Par conséquent, l'exercice qui consiste à les examiner dans l'abstrait est artificiel, à plus forte raison si une désignation a été accordée au pays étranger. Après la désignation, les examens prévus au paragraphe 102(3) sont effectués. De cette façon, on peut s'assurer que la désignation demeure justifiée.

[47] Put another way, if someone were to ask why a foreign country continued to be designated, say, in 2017 when the applications for judicial review in this case

[47] Autrement dit, si par exemple on demandait pourquoi un pays conserve la désignation en 2017 — l'année où les demandes de contrôle judiciaire ont été présentées

were brought, the answers are to be found not in the original designation in 2004 but in one or more subsection 102(3) reviews conducted up to that time, the failure to conduct reviews, the failure to conduct them properly or the failure to refer matters to the Governor in Council for assessment and decision, the findings and recommendations in those reviews, and the Governor in Council's reactions or non-reactions to those findings and recommendations. For the purposes of these reasons, all these activities shall be described as "subsection 102(3) reviews and related administrative conduct". At a higher level, one also could query whether subsection 102(3), the 2015 Order in Council, the Monitoring Framework and the reviews have been designed properly and have been working as they should.

C. The Claimants' Charter challenge is not properly constituted

(1) *The true nature of the Claimants' Charter challenge*

[48] Before us is an appeal from applications for judicial review in the Federal Court. We must begin by identifying the "real essence" and "essential character" of the applications. We do this by "reading [them] holistically and practically without fastening onto matters of form": *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraphs 49–50.

[49] All of the applications challenge the decision of an officer at an entry point who found the individual Claimants' claims for refugee protection to be ineligible for referral to the Refugee Protection Division under paragraph 101(1)(e) of the Act because of the designation of the United States under section 159.3 of the Regulations. All allege that the officer had no power to do that because those two provisions were invalid.

dans l'affaire qui nous occupe — la réponse ne se trouverait pas dans la désignation initiale de 2004. Il faudrait la chercher dans les examens effectués en application du paragraphe 102(3) jusqu'alors, le défaut de procéder à l'examen, le défaut de procéder à l'examen en bonne et due forme ou le défaut de renvoyer l'affaire au gouverneur en conseil pour évaluation et décision, les conclusions et recommandations énoncées dans l'examen ainsi que les réactions — ou l'absence de réaction — du gouverneur en conseil à ces dernières. Dans les présents motifs, toutes ces activités sont résumées sous le vocable « examens prévus au paragraphe 102(3) et actes administratifs connexes ». On pourrait également demander, si on poussait plus loin l'analyse, si le paragraphe 102(3), le décret de 2015, le Cadre de surveillance et les examens ont été bien conçus et s'ils fonctionnent comme il se doit.

C. Le recours des demandeurs fondé sur la Charte n'est pas intenté à bon droit

1) *Véritable nature du recours fondé sur la Charte*

[48] La Cour est saisie de l'appel des demandes de contrôle judiciaire tranchées par la Cour fédérale. La première étape consiste à déterminer la « véritable nature » et « la nature essentielle » de la demande. Il faut pour ce faire « s'employ[er] à en faire une lecture globale et pratique, sans s'attacher aux questions de forme » *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. (Canada (Revenu national))*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, aux paragraphes 49 à 50).

[49] Les demandes visaient la décision d'un agent à un point d'entrée qui a jugé irrecevables les demandes d'asile des demandeurs qui sont des particuliers et a omis de saisir la Section de la protection des réfugiés au titre de l'alinéa 101(1)(e) de la Loi au motif que les États-Unis sont un pays désigné sous le régime de l'article 159.3 du Règlement. Suivant toutes les demandes, l'agent n'était pas habilité à agir de la sorte, car les deux dispositions étaient invalides.

[50] Invalidity is alleged to stem from two problems, *ultra vires* and the Charter. The *ultra vires* issue will be canvassed later in these reasons.

[51] The Claimants say the two provisions cause effects that are contrary to section 7, section 15 or both. The Claimants also say the two provisions are not justified under section 1 and must be struck down under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[52] The Claimants do not say that other provisions, statutory instruments or policies are invalid because they cause effects contrary to the Charter. In particular, the Claimants do not seek to invalidate subsection 102(3), the 2015 Order in Council or the Monitoring Framework. Nor do they say that these matters are part of the cause of any unconstitutional effects caused by the two provisions.

[53] As well, in their applications, the Claimants do not challenge any subsection 102(3) reviews and related administrative conduct. For example, they do not challenge or seek remedies concerning administrative conduct in relation to subsection 102(3) reviews, the outcome of reviews that left the designation in place, reports to the Governor in Council or the failure to report to the Governor in Council, or any decisions at any time by the Governor in Council to keep the designation in place. None of these things are said to be part of the cause of any unconstitutional effects. In their memorandum of fact and law, the Claimants do make submissions alleging inadequacies in the subsection 102(3) reviews, but only in support of their submission that the designation of the United States as a safe country is *ultra vires* the Act.

[54] Thus, the real essence and essential character of the Claimants' applications is a challenge to paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations, and only those two provisions. Alone and in isolation they are said to cause unconstitutional effects. Based on this, as we shall see, the evidentiary record that developed in the Federal Court concentrated on general effects of the designation of the United States, often described in terms of individual incidents rather

[50] L'invalidité tiendrait à deux raisons, la légalité de la désignation et la Charte. Nous analysons plus loin la question de la légalité.

[51] Selon les demandeurs, les deux dispositions engendrent des effets qui contreviennent aux articles 7 et 15 de la Charte et ne sont pas justifiées au regard de l'article premier. Elles doivent à leur avis être invalidées en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[52] Les demandeurs n'invoquent pas l'invalidité d'autres dispositions, lois ou politiques en raison d'effets contraires à la Charte. Ils ne sollicitent pas l'invalidation du paragraphe 102(3), du décret de 2015 ou du Cadre de surveillance. Ils n'affirment pas non plus que celles-ci contribuent aux effets inconstitutionnels découlant des deux dispositions.

[53] En outre, les demandeurs ne remettent pas en cause les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes. Par exemple, ils ne demandent pas réparation pour des actes administratifs pris relativement aux examens prévus au paragraphe 102(3), la décision quant au maintien de la désignation prise à l'issue des examens, les rapports présentés au gouverneur en conseil ni les décisions de ce dernier quant au maintien de la désignation. Ils n'invoquent aucun de ces éléments parmi la cause des effets inconstitutionnels. Dans leur mémoire des faits et du droit, ils font certes valoir des lacunes dans les examens prévus au paragraphe 102(3), mais simplement pour démontrer que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr outre-passe les pouvoirs conférés par la Loi.

[54] Par conséquent, à en juger par la véritable nature et la nature essentielle de leurs demandes, leur recours vise seulement l'alinéa 101(1)e) de la Loi et l'article 159.3 du Règlement. Ces deux seules dispositions engendreraient des effets inconstitutionnels. Ainsi, comme nous l'expliquons ci-après, le dossier qui a été monté en Cour fédérale portait sur les effets généraux de la désignation des États-Unis, illustrés le plus souvent par des récits d'incidents personnels, plutôt que sur les examens effectués en



than the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and their effect.

[55] The Claimants' applications do not fit with the nature of the legislative scheme. To reiterate, paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations do not sit alone and in isolation. They are part of an interrelated legislative scheme. And after designation, the real cause of any continued designation or decision to revoke it is the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

(2) *The nature of the Charter and the basic requirements for a challenge under it*

[56] The Charter sets out rights and freedoms and guarantees them subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. But nowhere does the Charter invite courts to depart from their role as courts. Nor does it invite judges—career lawyers who happen to hold a judicial commission—to follow whatever procedures they wish. Rather, the Charter is a document of law, surrounded, suffused and sustained by law. In fact, tens of thousands of cases have been decided under it, a veritable mountain of guidance.

[57] From this mountain, certain immutable principles bind us all. One of the most basic is that Charter claimants must show that some state action—for example, legislation or administrative conduct by state officials—has caused an infringement of rights or freedoms. Inherent in this are two requirements: the Charter claimants must identify the state action responsible for the infringement, i.e., demonstrate a causal link between the state action and the infringement, and place enough evidence before the Court to prove causation and infringement. See, e.g., *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 447 and 490, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695 at pages 764–765, (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 60; *Canada*

application du paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes et leurs effets.

[55] Les demandes ne cadrent pas avec la nature du régime légal. Répétons-le, l'alinéa 101(1)e de la Loi et l'article 159.3 du Règlement n'existent pas en vase clos. Ils appartiennent à un régime légal doté de composantes interreliées. Une fois qu'un pays est désigné, la véritable cause du maintien de la désignation ou de la révocation de cette dernière se trouve dans les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

2) *La nature de la Charte et les exigences minimales auxquelles est subordonné tout recours fondé sur elle*

[56] La Charte énonce les droits et libertés qui sont garantis. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Or, aucune disposition de la Charte n'invite les tribunaux à se distancier de leur rôle judiciaire. Aucune n'invite les juges — d'anciens avocats d'expérience à qui on a conféré une charge judiciaire — à suivre la procédure de leur choix. Au contraire, la Charte est un document de droit, circonscrit par le droit et fondé sur le droit. Des dizaines de milliers de décisions ont été rendues sur le fondement de la Charte, une véritable montagne de jurisprudence.

[57] De cette montagne découlent certains principes immuables et incontournables. Suivant un de ces principes fondamentaux, il incombe aux demandeurs qui invoquent la Charte de démontrer qu'un acte de l'État — par exemple une loi ou une mesure administrative prise par un fonctionnaire — a enfreint un droit ou une liberté. Ce principe comporte deux critères essentiels : les demandeurs doivent indiquer l'acte de l'État qui a causé la violation, c'est-à-dire qu'ils doivent démontrer un lien de causalité entre l'acte de l'État et la violation, et produire une preuve suffisante pour démontrer le lien de causalité et la violation. Voir, p. ex., *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 447 et 490, 1985 CanLII 74; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pages 764 à 765, 1993 CanLII 55; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2

*(Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraphs 73–78; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paragraphs 126 and 131–134; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at paragraphs 251–254 and cases cited therein. Common to these requirements is causation. Causation is key.

[58] From this, two practical rules have emerged in the jurisprudence:

- (a) Legislative provisions in an interrelated legislative scheme cannot be taken in isolation and selectively challenged: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 [*PHS Community Services*]. The provisions, taken in isolation, may not have caused the Charter infringement. Other related provisions may be responsible or may prevent or cure any possible defects. This sort of artificial and narrow challenge often results in the creation of an unduly artificial and narrow evidentiary record.
- (b) Where administrative action or administrative inaction under legislation is the cause of a rights infringement, it, not the legislation, must be challenged: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120. Challenging the legislation and ignoring the administrative action or administrative inaction will not satisfy the requirement of causation between the state action and the rights infringement. This can also lead to the development of an unduly artificial and narrow evidentiary record.

[59] In considering a Charter challenge, another basic principle must be kept front of mind: courts are courts and have to act like courts. Thus, courts can deal only with the challenge the Charter challengers have advanced and courts can work only with the evidence the parties have offered concerning that challenge. Courts cannot go beyond the challenge and address a different

R.C.S. 307, au paragraphe 60; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, aux paragraphes 73 à 78; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, aux paragraphes 126 et 131 à 134; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, aux paragraphes 251 à 254 et la jurisprudence qui y est mentionnée. Le point commun de ces critères est le lien de causalité. Le lien de causalité est crucial.

[58] Il en ressort deux règles pratiques énoncées dans la jurisprudence :

- a) Les dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément (*Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 [*PHS Community Services*]). Il se peut que les dispositions, examinées isolément, n'aient pas causé la violation de la Charte. D'autres dispositions connexes peuvent en être la cause ou servir à prévenir toute lacune ou à y remédier. Ce genre de recours artificiel et étroit se traduit souvent par un dossier de preuve indûment artificiel et étroit.
- b) Dans les cas où la violation des droits résulte d'un acte — ou d'une omission — administratif pris en application d'une loi, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que le recours doit porter (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120). En attaquant la loi, et non l'acte ou l'omission administratif, on ne démontre pas l'existence d'un lien de causalité entre l'acte de l'État et la violation du droit. On risque également de monter un dossier de preuve indûment artificiel et étroit.

[59] Dans un recours fondé sur la Charte, il importe de garder à l'esprit un autre principe fondamental : les tribunaux sont des tribunaux et se doivent d'agir comme tels. Ainsi, le juge peut instruire uniquement le recours fondé sur la Charte intenté par les demandeurs, et ce uniquement sur le fondement du dossier de preuve constitué par les parties. Il ne lui est pas loisible de transcender l'objet du

challenge. Nor can they help themselves to evidence as if they are a roving commission of inquiry. Instead, courts dealing with a Charter challenge are “firmly grounded in the discipline of the common law methodology”: Brian Morgan, “Proof of Facts in Charter Litigation” in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (Toronto: Butterworths, 1987), 159 at page 162, cited with approval by the Supreme Court in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at page 363, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385 and *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at pages 1099–1101, (1990), 73 D.L.R. (4th) 686.

(3) *Application of these principles to the Claimants’ Charter challenge*

[60] The Claimants’ Charter challenge offends the two practical rules. The fundamental requirement of causation that underlies both rules has not been met. This has also rendered the evidentiary record on key issues too thin to permit responsible adjudication. As a result, the Claimants’ Charter challenge must be dismissed.

(a) Applying the two practical rules

- (i) Legislative sections cannot be taken in artificial isolation and selectively challenged

[61] Assuming for the moment that there is a Charter infringement in this case, what caused it? As the analysis of the legislative scheme in section B of these reasons shows, subsection 102(3) reviews play a pivotal role in ensuring that continued designation remains appropriate. In this case, the cause of any infringement is not the designation of the United States 17 years ago but the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct that has caused the designation to continue. It was incumbent on the Claimants to challenge that.

recours pour se prononcer sur un autre recours, ni de recueillir de la preuve comme s’il appartenait à une commission d’enquête itinérante. Le tribunal qui instruit une contestation est [TRADUCTION] « ancré solidement dans la discipline que requiert la méthodologie de la common law » (Brian Morgan, « Proof of Facts in Charter Litigation » dans Robert J. Sharpe, dir, *Charter Litigation*, Toronto : Butterworths, 1987, 159, à la page 162, mentionné avec approbation par la Cour suprême dans les arrêts *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la page 363, 1989 CanLII 26 et *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, aux pages 1099 à 1101, 1990 CanLII 93).

3) *Application de ces principes au recours des demandeurs fondé sur la Charte*

[60] Le recours fondé sur la Charte intenté par les demandeurs contrevient aux deux règles pratiques. Il n’est pas satisfait au critère fondamental du lien de causalité qui les sous-tend toutes deux. De plus, la preuve concernant les questions déterminantes est trop lacunaire pour permettre à la Cour de les trancher de façon responsable. Par conséquent, le recours fondé sur la Charte intenté par les demandeurs doit être rejeté.

a) Application des deux règles pratiques

- (i) Les dispositions ne peuvent être examinées isolément de manière artificielle dans le cadre d’un recours défini étroitement

[61] S’il y avait bel et bien une violation de la Charte en l’espèce, quelle en était la cause? Comme le révèle l’analyse du régime légal qui figure à la partie B des présents motifs, les examens prévus au paragraphe 102(3) jouent un rôle prépondérant lorsqu’il s’agit de faire en sorte que le maintien de la désignation est justifié. En l’espèce, toute violation s’il en est résulte, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application du paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes qui en ont justifié le maintien. Il incombait aux demandeurs d’en faire l’objet de leur recours.

[62] But they did not do that. Instead, they plucked two provisions out of this complex, interrelated legislative scheme and have singled them out for attack. This was wrong. By attacking those two provisions and only those two—as if the rest of the legislative scheme and administrative conduct under that scheme does not exist—the Claimants have created a strawman and have asked us to decide on its constitutionality. This we cannot do. Courts deciding constitutional cases with big public impact do not deal with strawmen.

[63] This is fatal to the Claimants’ challenge: *PHS Community Services*, above.

[64] In *PHS Community Services*, the Supreme Court considered the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. That Act is structurally similar to the Act in this case. Like this case, the relevant provisions of the *Controlled Drugs and Substances Act* consisted of a general provision whose effects are mitigated by a provision elsewhere in the legislative scheme. Specifically, the *Controlled Drugs and Substances Act* prohibited the possession of certain drugs and substances (subsection 4(1)) but allowed the Minister of Health to grant exemptions from the prohibition (section 56).

[65] The Charter claimant in *PHS Community Services*, the Insite safe injection facility, challenged the general provision, subsection 4(1), arguing that it violated section 7 of the Charter and was not saved under section 1. Just like the Claimants here, Insite argued that the general provision was grossly disproportionate and overbroad.

[66] The Supreme Court unanimously dismissed Insite’s Charter challenge. The challenge was directed against the general provision, subsection 4(1), “in isolation” rather than “in the context of other provisions ... notably s. 56” (at paragraph 109). In words apposite to the Claimants’ challenge in the case before us, the Supreme Court observed that if the general provision

[62] Or, ce n’est pas ce qu’ils ont fait. Ils ont plutôt isolé deux dispositions appartenant à ce régime légal complexe aux composantes interreliées et en ont fait le point de mire de leur recours, à mauvais droit. En attaquant ces deux seules dispositions — et en faisant abstraction du reste du régime légal et des actes administratifs pris sous ce régime — les demandeurs ont érigé des moulins à vent et s’attendent à ce que nous nous prononcions sur leur constitutionnalité. Ce n’est pas possible. Les tribunaux qui tranchent les affaires constitutionnelles qui auront une incidence considérable pour le public n’ont que faire de moulins à vent.

[63] Voilà qui porte un coup fatal au recours des demandeurs (*PHS Community Services*).

[64] Dans l’arrêt *PHS Community Services*, la Cour suprême examine la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Ce texte de loi ressemble sur le plan structurel à la Loi en l’espèce. Comme dans le cas qui nous occupe, les dispositions pertinentes de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* consistent en une mesure générale prévoyant un effet qui est mitigé par une autre disposition du régime légal. Plus particulièrement, cette loi interdit la possession de certaines drogues et substances (paragraphe 4(1)), mais permet au ministre de la Santé d’exempter certaines personnes de l’application de l’interdiction (article 56).

[65] Les demandeurs dans l’affaire *PHS Community Services*, à savoir le centre d’injection supervisée Insite, attaquaient le paragraphe 4(1), la mesure générale, au motif qu’il contrevenait à l’article 7 de la Charte et qu’il n’était pas justifié au regard de l’article premier. À l’instar des demandeurs en l’espèce, Insite prétendait que la mesure générale avait des effets exagérément disproportionnés et une portée excessive.

[66] La Cour suprême rejette à l’unanimité le recours d’Insite fondé sur la Charte. Le recours vise la mesure générale, à savoir le paragraphe 4(1), qu’il « isole [...] des autres dispositions de la *Loi*, notamment de l’art. 56 » (paragraphe 109). La Cour suprême fait observer, par des remarques pertinentes pour le recours des demandeurs en l’espèce, que, si la mesure générale

operated in isolation, with “no provision for exemptions”, the “assertions that it is arbitrary, overbroad and disproportionate in its effects might gain some traction” (at paragraph 109). But the general prohibition did not operate that way. It worked hand in hand with the mitigating provision, section 56.

[67] The Supreme Court concluded that the “constitutional validity of s. 4(1) of the Act cannot be determined without considering the provisions in the Act designed to relieve against unconstitutional or unjust applications of that prohibition” (at paragraph 109). Subsection 4(1) was interrelated to and could not be separated from section 56. In the Supreme Court’s view, section 56 acted “as a safety valve that prevents [the general provision] from applying where such application would be arbitrary, overbroad or grossly disproportionate in its effects” (at paragraph 113).

[68] Thus, the Charter challenge had to be brought against all relevant parts of the legislative scheme, not just the general provision in isolation. As this was not done, the challenge against the general provision was dismissed.

[69] But the Supreme Court went further. It held that the entire legislative scheme, consisting of the general provision and the safety valve, was constitutional (at paragraph 114). Any problem with constitutionality was “not in the statute but in the Minister’s exercise of the power the statute gives him to grant appropriate remedies” against any effect causing a Charter violation (at paragraph 114). Here, the Supreme Court suggests that the challenge in *PHS Community Services* properly lay against the Minister’s discretionary decision refusing an exemption from the general prohibition.

[70] Just as in *PHS Community Services*, paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations cannot be challenged in isolation. A safety valve in the legislative scheme in issue here is the review procedure under subsection 102(3). In this case, if there are effects contrary to the Charter, they stem not from paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the

s’appliquait isolément « et ne comprenait aucune disposition prévoyant des exemptions », « les affirmations voulant qu’elle soit arbitraire, sa portée excessive et ses effets disproportionnés pourraient avoir plus de poids » (paragraphe 109). Or, l’interdiction générale ne s’applique pas ainsi. Elle va de pair avec la disposition d’atténuation, à savoir l’article 56.

[67] Selon la Cour suprême, « [o]n ne peut apprécier la validité constitutionnelle du par. 4(1) sans tenir compte des dispositions de la *Loi* conçues pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitables de cette interdiction » (paragraphe 109). Le paragraphe 4(1) va de pair avec l’article 56 et ne saurait en être dissocié. De l’avis de cette cour, l’article 56 « sert de soupape empêchant l’application de la [mesure générale] dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive » (paragraphe 113).

[68] Par conséquent, le recours fondé sur la Charte doit attaquer le régime légal dans son ensemble, et non pas en isoler la mesure générale. Dans cette affaire, comme ce n’était pas le cas, le recours intenté contre la mesure générale a été rejeté.

[69] Toutefois, la Cour suprême ne s’arrête pas là. Elle conclut à la constitutionnalité du régime légal dans son ensemble, y compris la mesure générale et la soupape (paragraphe 114). À son avis, tout problème lié à la constitutionnalité « ne réside pas dans la loi, mais dans l’exercice par le ministre de son pouvoir légal d’accorder les exemptions appropriées » pour remédier à toute contravention à la Charte (paragraphe 114). Dans l’arrêt *PHS Community Services*, la Cour suprême indique que le recours doit être exercé contre la décision discrétionnaire du ministre qui a refusé d’accorder l’exemption à l’interdiction générale.

[70] Comme dans l’affaire *PHS Community Services*, l’alinéa 101(1)(e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ne peuvent être attaqués isolément. La soupape en l’espèce correspond au processus d’examen prévu au paragraphe 102(3). Dans ce cas, les effets contraires à la Charte, s’il en est, résultent non pas de l’alinéa 101(1)(e) de la Loi et de l’article 159.3 du Règlement, mais des



Regulations but from the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct. This Court has previously dismissed challenges to the Act that artificially isolate provisions: *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraph 81; *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 212, [2005] 1 F.C.R. 171, at paragraph 23.

[71] Fundamentally then, *PHS Community Services* holds that a Charter challenge must be directed to the state action—legislation or administrative conduct—that causes the Charter infringement. In this regard, it stands alongside and is bolstered by the Supreme Court authority on the requirement of causation cited at paragraph 57 of these reasons.

[72] In oral argument, the Claimants submit that *PHS Community Services* actually supports their position. After all, in *PHS Community Services*, the Supreme Court, using the Charter, ordered the Minister to grant Insite its exemption from the general prohibition. Counsel urges this Court to apply *PHS Community Services*, grant Charter relief here, and end the designation of the United States as a safe third country.

[73] However, *PHS Community Services* and this case are not identical. In *PHS Community Services*, the challengers sought a declaration of the constitutional invalidity of the general prohibition in the *Controlled Drugs and Substances Act* just like the Claimants here sought a declaration of the constitutional invalidity of two designation sections. But in *PHS Community Services*, the challengers went further than that. They challenged administrative conduct—the Minister’s failure to grant exemptions—that caused individual rights breaches and sought individual remedies under section 24 [of the Charter], including a declaration that the failure of the Minister to grant exemptions to individuals violated section 7 rights (at paragraph 116). Here, the Claimants have not done this.

examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes. Notre Cour a déjà rejeté des contestations de la Loi qui isolaient de manière artificielle des dispositions (*de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, au paragraphe 81; *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 212, [2005] 1 R.C.F. 171, au paragraphe 23).

[71] Au fond, l’arrêt *PHS Community Services* dispose qu’un recours fondé sur la Charte doit être exercé contre un acte de l’État — soit une loi, soit un acte administratif — qui cause la violation de la Charte. À cet égard, il s’inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour suprême sur la nécessité d’un lien de causalité énoncée au paragraphe 57 des présents motifs.

[72] Dans leurs plaidoiries orales, les demandeurs affirment que l’arrêt *PHS Community Services* étaye en fait leur thèse. Après tout, dans cet arrêt, la Cour suprême, sur le fondement de la Charte, ordonne au ministre d’accorder à Insite l’exemption de l’interdiction générale. Leur avocat exhorte notre Cour à suivre l’arrêt *PHS Community Services*, à accorder la réparation fondée sur la Charte et à mettre fin à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr.

[73] Toutefois, l’affaire *PHS Community Services* et l’affaire dont nous sommes saisis ne sont pas identiques. Dans la première, les demandeurs sollicitaient une déclaration d’invalidité à l’égard de l’interdiction générale prévue à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, tout comme les demandeurs en l’espèce sollicitent une déclaration d’invalidité à l’égard de deux dispositions concernant les désignations. Cependant, dans l’affaire *PHS Community Services*, les demandeurs n’en sont pas restés là. Ils ont aussi attaqué l’acte administratif — le refus par le ministre d’accorder l’exemption — qui avait causé l’atteinte aux droits individuels et ont demandé la réparation visée à l’article 24, dont une déclaration que le refus par le ministre d’accorder l’exemption à des personnes enfreignait les droits garantis par l’article 7 (paragraphe 116). Les demandeurs en l’espèce n’ont rien fait de tel.



[74] In paragraph 58 of these reasons, I mentioned that failing to challenge the matter that is the real cause of the infringement often leads to the development of an unduly artificial and narrow evidentiary record, one that does not speak to the real cause of the Charter infringement. This has happened here. The subsection 102(3) reviews and related administrative conduct are the real causes of the infringement, if there is one. But the evidence before us in this case on subsection 102(3) reviews and related administrative conduct is limited because they were not the focus of the Claimants' challenge. Much more evidence concerning subsection 102(3) reviews and related administrative conduct would have appeared in this record had they been the focus of the Claimants' challenge. We cannot be confident that this record, hobbled by the way the Claimants have cast their challenge, is sufficient for us to adjudicate the Charter issues responsibly.

[75] By way of illustration, the most recent reports from subsection 102(3) reviews were issued just before and after the Charter challenges in this case, in December 2016, March 2017 and February 2018, likely covering events right around the time of the challenges: Reasons of the Federal Court, at paragraph 77. Yet, the Federal Court tells us that not even "the content of these reports was...in evidence": reasons of the Federal Court, at paragraph 78. All that the Federal Court could surmise (at paragraph 78) was that "reporting continued after the 2015 [Order in Council]". The reviews underlying these reports—to say nothing of the material administrative officials might have considered when preparing these reviews—could contain evidence of the sort described at paragraphs 34–42 and 47 of these reasons. In this case, much of this valuable evidence is missing or is in bits and pieces, highly redacted in many places due to assertions of privilege by Canada. But the Claimants advised us at the hearing that they did not object to or challenge these, in effect acquiescing to Canada's non-disclosure. As a result, right where any Charter assessment must focus—the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct, including any reports—lies a great big hole.

[74] Au paragraphe 58 des présents motifs, j'indique que le défaut de contester la cause véritable de l'atteinte se traduit souvent par un dossier de preuve indûment artificiel et étroit, qui ne concerne pas la véritable cause de la violation de la Charte. C'est le cas en l'espèce. Les véritables causes de la violation, s'il y a bel et bien violation, sont les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes. Cependant, la preuve produite sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes est incomplète, car ils n'étaient pas l'objet du recours des demandeurs. S'ils l'étaient, le dossier aurait contenu beaucoup plus d'éléments à ce sujet. Nous n'estimons pas que le dossier qui nous a été présenté, compromis comme il l'est par la manière dont les demandeurs ont présenté leur recours, nous permet de trancher les questions concernant la Charte de manière responsable.

[75] Par exemple, les rapports les plus récents sur les examens effectués en application du paragraphe 102(3) ont été publiés juste avant et juste après le dépôt du recours en l'espèce, soit en décembre 2016, mars 2017 et février 2018. Il est raisonnable de penser qu'ils traitent des faits qui se sont produits à l'époque des recours (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 77). Or, selon la Cour fédérale, « le contenu de ces rapports n'[a] pas été produit en preuve » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 78). Tout ce qu'elle pouvait en tirer (au paragraphe 78) était que « des rapports ont continué à être présentés après le décret de 2015 ». Les examens sous-tendant ces rapports — sans parler des renseignements dont les fonctionnaires auraient tenu compte pour les rédiger — sont susceptibles de présenter des éléments de preuve tels que ceux qui sont décrits aux paragraphes 34 à 42 et au paragraphe 47 des présents motifs. En l'espèce, cette preuve précieuse manque au dossier, est lacunaire ou comporte de nombreux passages caviardés, en raison de privilèges invoqués par le Canada. Toutefois, les demandeurs nous ont avisés lors de l'audience qu'ils n'ont pas remis en question les privilèges invoqués; ils ont ainsi avalisé la non-communication. Il s'ensuit que là où doit porter l'analyse fondée sur la Charte — en l'occurrence les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes, y compris les rapports rédigés à cet égard — on trouve un grand trou béant.

[76] The legal question for this Court “is whether the appeal record provides sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised”: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, (1999), 180 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 37. The answer is no. The evidentiary basis is too incomplete to allow for an informed Charter adjudication on what really matters in this case.

[77] The Claimants submit that the evidentiary record is voluminous and, thus, was adequate. Voluminous it was, particularly concerning the experiences of some refugee claimants in the United States and the experiences of some refugee claimants in Canada who were returned to the United States. But the value of evidence is not measured by the pound.

[78] As shall be seen in the discussion of the Federal Court’s treatment of the section 7 issues, some of this evidence, although voluminous, is somewhat piecemeal and individualized and, thus, is problematic for drawing system-wide inferences concerning the situation in the United States. Immigration, Refugees and Citizenship Canada noted similar problems with a report, prepared by two of the Claimants, that urged the Minister to revoke the designation of the United States: memorandum to the Minister entitled “Amnesty International and Canadian Counsel for Refugees Report Contesting the U.S. Designation as a Safe Third Country”, dated July 7, 2017, appeal book, Vol. 39, at pages 16740 and 16741. Also some of the evidence consists of or is based on media reports whose reliability and admissibility is open to question. The evidentiary record suffers from other problems too. But the biggest problem of all is that very little of it concerned the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct, a storehouse of some of the best available evidence. As will be discussed shortly, if their Charter challenge were properly constituted, the Claimants could have pursued this evidence, asserted and maintained objections to non-disclosure and litigated the objections. And, as will also be discussed shortly, measures could have been taken to ensure that a judicial review would be available, effective, and fair.

[76] La question juridique que doit trancher la Cour est celle de savoir « si le dossier d’appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées » (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, 1999 CanLII 637, au paragraphe 37). La réponse est non. Le dossier de preuve est trop incomplet pour nous permettre de trancher de manière éclairée, à la lumière de la Charte, les questions qui importent véritablement.

[77] Les demandeurs affirment que le dossier de preuve est volumineux et donc adéquat. Certes, il est volumineux, tout particulièrement en ce qui a trait aux expériences de certains demandeurs d’asile aux États-Unis et de certains qui ont été renvoyés aux États-Unis depuis le Canada. Or, on ne juge pas la valeur de la preuve au poids.

[78] Comme nous l’expliquons ci-après dans l’analyse des motifs de la Cour fédérale concernant les questions portant sur l’article 7, une partie de cette preuve, quoique volumineuse, s’en tient à l’anecdote et est présentée de manière fragmentée, ce qui ne nous permet guère de tirer des inférences générales sur la situation aux États-Unis. Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada a signalé la même lacune à l’égard d’un rapport, préparé par deux des demandeurs, qui exhortait le ministre à révoquer la désignation des États-Unis (mémoire du ministre intitulé « Amnesty International and Canadian Counsel for Refugees Report Contesting the U.S. Designation as a Safe Third Country », daté du 7 juillet 2017, dossier d’appel, vol. 39, aux pages 16740 et 16741). En outre, certains éléments de preuve présentent ou mentionnent des articles médiatiques à la fiabilité et à l’admissibilité douteuses. La preuve souffre également d’autres maux. Toutefois, le problème le plus important est qu’il ne fait guère la lumière sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes, une source de preuve parmi les meilleures. Comme nous l’expliquons ci-après, si les demandeurs avaient bien circonscrit leur recours fondé sur la Charte, ils auraient pu recueillir une telle preuve, soulever des objections à l’égard des éléments caviardés et défendre de telles objections. Également — et nous y reviendrons — on aurait pu faire en sorte qu’un contrôle judiciaire soit possible, efficace et équitable.

[79] At one point in the hearing, the Claimants seemed to suggest that the requirement of a sufficient evidentiary record before the Court is just a technicality. A foundational case from the Supreme Court rejects this. The sufficiency of evidence is “not ... a mere technicality” but is “a flaw that is fatal” because it “is essential to a proper consideration of Charter issues”. Deciding Charter cases in “a factual vacuum” would “trivialize” the Charter and cause “ill-considered opinions” in cases “of fundamental importance to Canadian society” that “profoundly affect the lives of Canadians and all residents of Canada.” No one can “expect a court to deal with [a Charter issue where there is]...a factual void”. And “the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel” cannot fill that void. See *MacKay*, at pages 361–362 and 366 S.C.R.

[80] This especially matters where, as here, the allegation of unconstitutionality stems from the alleged effects of the impugned provision. In *Danson*, at page 1101 S.C.R., the Supreme Court put it this way:

.... In general, any *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. In the absence of such evidence, the courts are left to proceed in a vacuum, which, in constitutional cases as in nature, has always been abhorred.

[81] Time and time again, the Supreme Court has underscored the importance of a court having a full evidentiary record before deciding Charter cases. See *A.G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at pages 90–91, (1984), 10 D.L.R. (4th) 321; *MacKay*, at pages 361–362 S.C.R.; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1, at pages 762 and 767–768 S.C.R.; *Danson*, at page 1101 S.C.R.; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1997), 142 D.L.R. (4th) 385, at paragraphs 2–3 and 55; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, (1991), 131 N.R. 1, at pages 515–516 S.C.R.; and at least 16 other, more recent Supreme Court authorities on point.

[79] À l’audience, il a semblé que les demandeurs laissent entendre que la nécessité d’un dossier de preuve suffisant constituait seulement une exigence de forme. Un arrêt de principe de la Cour suprême dit le contraire. Une preuve suffisante « n’est pas [...] une simple formalité » et « son absence est fatale », car elle « est essentielle à un bon examen des questions relatives à la Charte ». Trancher des affaires relatives à la Charte « dans un vide factuel » « banaliserait la Charte » et donnerait lieu à des « opinions mal motivées » dans des affaires « d’une importance fondamentale pour la société canadienne » et « qui auront des incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada ». Personne ne peut « exiger d’un tribunal qu’il examine une question [relative à la Charte] dans un vide factuel ». Ainsi, les « hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes » ne sauraient combler pareil vide. Voir *MacKay*, aux pages 361 à 362 et 366 du Recueil.

[80] C’est tout particulièrement le cas lorsque, comme en l’espèce, la thèse relative à l’inconstitutionnalité est étayée par les effets que la disposition attaquée est censée produire. La Cour suprême, dans l’arrêt *Danson*, à la page 1101 du Recueil, conclut en ces termes :

[...] En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l’absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature.

[81] En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l’absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature. À maintes reprises, la Cour suprême a souligné la nécessité, pour une cour de justice, de disposer d’un dossier de preuve complet pour trancher des affaires relatives à la Charte. Voir *P.G. (Qué.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, aux pages 90 à 91, 1984 CanLII 32; *MacKay*, aux pages 361 à 362; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*,

[82] This is just a subset of an older, broader rule, expressed in non-Charter constitutional cases that constitutional issues should not be decided unless a full and adequate evidentiary record is before the Court: *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1, at page 139 S.C.R.

[83] Had the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct been targeted in a Charter challenge or judicial review, the reports of the reviews, the reviews themselves and the information relied upon by officials involved in the reviews and, if relevant, by the Governor in Council would form the record placed before the Court, subject to privilege and other valid objection: *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; and see discussion at paragraphs 106–120 below on tools the Court has to manage privilege and objection. Much of the record would have been systemic evidence related to the United States' treatment of refugees, including evidence gathered on a state-to-state basis, based on the many detailed sources required to be examined in the Monitoring Framework—sources broader and more numerous than those that the non-governmental organizations who are Claimants in this case could access. As well, the subsection 102(3) reviews would have contained evaluations by administrators responsible for studying the matter—potentially important for the issues of rights breach and justification. Finally, assuming a challenge targets the most recent subsection 102(3) reviews and related administrative conduct, the underlying material would be relatively fresh. Freshness matters: the policies and practices of the United States and the conditions refugees encounter there can rapidly change.

[1986] 2 R.C.S. 713, aux pages 762 et 767 à 768, 1986 CanLII 12; *Danson*, à la page 1101; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 1997 CanLII 366, aux paragraphes 2 à 3 et 55; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, aux pages 515 à 516, 1991 CanLII 51, et au moins seize autres arrêts plus récents de la Cour suprême qui portent sur la question.

[82] Ce n'est rien de plus qu'une adaptation de la règle générale antérieure, dans les affaires constitutionnelles ne concernant pas la Charte, selon laquelle les questions constitutionnelles ne sauraient être tranchées sans un dossier de preuve complet et adéquat (*Northern Telecom c. Travailleurs en communications*, [1980] 1 R.C.S. 115, à la page 139, 1979 CanLII 3).

[83] Si les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes avaient fait l'objet d'un recours fondé sur la Charte ou d'un contrôle judiciaire, les rapports sur les examens effectués, les examens mêmes et les renseignements ayant servi aux fonctionnaires chargés des examens — ou, le cas échéant, au gouverneur en conseil — feraient partie de la preuve produite, sous réserve de l'application de privilèges ou d'objections valables (*Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 et voir la discussion aux paragraphes 106–120 ci-après en ce qui a trait à la façon de gérer les privilèges et objections). Le dossier aurait comporté en grande partie des éléments sur le traitement des demandeurs d'asile aux États-Unis, notamment des éléments de preuve portant sur la situation dans chaque État, provenant des nombreuses sources détaillées qu'exige le Cadre de surveillance. Ces sources sont plus variées et nombreuses que celles que pourraient consulter les organisations non gouvernementales qui sont parties au présent litige. En outre, les examens prévus au paragraphe 102(3) auraient comporté les analyses effectuées par les fonctionnaires à qui incombent cette responsabilité, une source possiblement importante quant aux questions d'atteinte aux droits et de justification. Enfin, dans le cas d'un recours concernant les derniers examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes, les renseignements sous-tendant l'analyse seraient relativement récents. C'est important : les politiques et les pratiques américaines ainsi que les

- (ii) Where administrative action or inaction under legislation is responsible for unconstitutional effects, the administrative action or inaction must be challenged, not the legislation

[84] A Charter remedy will be given only for state action that causes a Charter infringement. Where the state action is legislation and the effect of the legislation is to infringe Charter rights in an unjustifiable way, the legislation is liable to be struck. But if, in reality, administrative action or inaction under the legislation is alone responsible for the unjustified Charter infringement, the Charter challenge must focus on the administrative action or inaction, not the legislation: *PHS Community Services; Slight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416, at pages 1078-1079 S.C.R.; *Eaton*, above, at paragraphs 2–3 and 55; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, at paragraphs 20–23; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 53; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 177 D.L.R. (4th) 124, at paragraph 97; *Little Sisters*, above, at paragraphs 134–135; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at paragraphs 83–84; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paragraph 67; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at paragraph 174.

[85] *Little Sisters*, above, is perhaps the foremost Supreme Court authority supporting the proposition that where administrative action or inaction is responsible for unconstitutional effects, the administrative action or inaction should be challenged.

[86] *Little Sisters Book and Art Emporium* imported erotic publications into Canada. Canada Customs regularly intercepted and prohibited the importations on the

conditions du traitement des demandeurs d’asile sont susceptibles de changer rapidement.

- (ii) Le recours doit porter sur l’acte ou l’omission administratif qui produit des effets inconstitutionnels sous le régime d’une loi, et non pas sur la loi

[84] Une réparation fondée sur la Charte n’est accordée que si d’un acte de l’État découle une atteinte aux droits protégés par la Charte. Lorsque l’acte de l’État est une loi ayant pour effet de porter atteinte à des droits protégés par la Charte d’une manière ne pouvant se justifier, la loi est susceptible d’invalidation. Or, si l’acte — ou l’omission — administratif posé sous le régime de la loi est seul responsable de l’atteinte injustifiée, le recours fondé sur la Charte doit porter sur l’acte ou l’omission, et non sur la loi (*PHS Community Services; Slight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pages 1078 à 1079, 1989 CanLII 92; *Eaton*, aux paragraphes 2 à 3 et 55; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 1997 CanLII 32, aux paragraphes 20 à 23; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699, au paragraphe 53; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, 1999 CanLII 653, au paragraphe 97; *Little Sisters*, aux paragraphes 134 à 135; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, aux paragraphes 83 à 84; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, au paragraphe 67; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, au paragraphe 174).

[85] L’arrêt *Little Sisters*, qui est mentionné plus haut, est l’arrêt de principe dans lequel la Cour suprême énonce la règle suivant laquelle l’acte ou l’omission de l’État qui cause des effets inconstitutionnels doit faire l’objet du recours.

[86] *Little Sisters Book and Art Emporium* importait des publications érotiques au Canada. L’Agence des douanes confisquait régulièrement les marchandises



ground of obscenity. It launched a Charter challenge against the provisions of Customs legislation that authorized the interceptions.

[87] The majority of the Supreme Court asked itself whether the “source of the problem” was “the...legislation itself” or “the unconstitutional conduct of Customs officials exercising powers under constitutional legislation” (at paragraph 108).

[88] The majority of the Supreme Court held that the problem did not stem from the Customs legislation itself. In purpose and effect, it was not contrary to the Charter. It did not contemplate or authorize maladministration by officials with Canada Customs. Instead, the administrative decisions taken by Canada Customs under the legislation were the real source of any constitutional infringement. In the words of the majority of the Supreme Court, the challengers’ complaints were about “the statutory scheme as *operated* by officials rather than the statutory scheme itself” (at paragraph 77, emphasis in original). Occasional maladministration and misapplication by officials, by itself, affords “no reason to declare the legislation unconstitutional” (at paragraph 77). The proper recourse for Little Sisters was to challenge non-importation decisions by Canada Customs by way of judicial review.

[89] The case at bar is similar to *Little Sisters*. The alleged constitutional defect in this case stems from how administrators and officials are operating the legislative scheme, not the legislative scheme itself. If they are operating the legislative scheme properly, regular reviews under subsection 102(3) will be conducted against the four criteria in subsection 102(2) of the Act and the reviews, conducted in accordance with the Monitoring Framework, will be thorough. For good measure, officials at points of entry will have powers and discretions available to them to mitigate or eliminate any harsh effects.

importées et les prohibait pour cause d’obscénité. L’entreprise a intenté un recours fondé sur la Charte visant les dispositions de la législation régissant les douanes qui autorisait les confiscations.

[87] Les juges majoritaires de la Cour suprême demandent si « la source du problème » est « la législation douanière elle-même » ou « le résultat de la conduite inconstitutionnelle des fonctionnaires des douanes dans l’exercice des pouvoirs fondés sur des dispositions législatives constitutionnellement valides » (au paragraphe 108).

[88] Ils sont d’avis que le problème ne découle pas de la loi douanière elle-même. Son objet et son effet ne contreviennent pas à la Charte. Elle ne prévoit pas la mauvaise administration par les agents des douanes ni ne l’autorise. Ce sont plutôt les décisions administratives prises par les agents des douanes sous le régime de la loi qui constituent la véritable cause des violations de nature constitutionnelle. Pour citer les juges majoritaires, les plaintes « concernent le régime législatif tel qu’il est *appliqué* par les fonctionnaires plutôt que le régime législatif lui-même » (paragraphe 77, en italiques dans l’original). Une mauvaise administration ou une mauvaise application occasionnelle par les agents, en soi, « ne constituent pas des motifs justifiant de déclarer les mesures législatives inconstitutionnelles » (paragraphe 77). Le recours qui s’offrait à Little Sisters dans cette affaire était de demander le contrôle judiciaire des décisions prises par les agents des douanes quant à la prohibition d’importation.

[89] L’affaire dont nous sommes saisis est semblable à l’affaire *Little Sisters*. L’inconstitutionnalité reprochée découle de l’application, par les fonctionnaires et administrateurs, du régime légal, et non du régime en soi. S’ils appliquent le régime à bon droit, ils procèdent régulièrement aux examens prévus au paragraphe 102(3) sur le fondement des quatre facteurs énumérés au paragraphe 102(2) de la Loi. Ces examens, effectués conformément au Cadre de surveillance, seront exhaustifs. En plus, les agents aux points d’entrée disposeront de pouvoirs qui leur permettront d’atténuer ou d’enrayer les répercussions graves.



[90] Thus, based on the record before us, the legislative scheme as a whole, assuming it is operated properly, is designed to protect fundamental human rights, including Charter rights. Based on the record before us, to the extent that detrimental effects are being suffered by persons being returned to the United States, the legislative scheme as a whole is not to blame. Rather, if anything, subsection 102(3) reviews and related administrative conduct may be to blame. But because the Claimants chose not to attack any administrative conduct, we have neither the ability nor the evidence before us to assess it.

[91] Before leaving this topic, one exchange between the Claimants and this Court deserves mention. The Court asked the Claimants questions regarding the nature of their Charter challenge and whether it had been properly constituted, i.e., whether the Claimants had challenged the state action responsible for the Charter infringements they allege. In response, shortly after the mid-morning break on the second day of hearing, the Claimants submitted that all they had to do to succeed in their Charter challenge was to prove the presence of any Charter infringements and point to any sort of legislative action that had taken place in the years leading up to the infringements, nothing more. This is not supported by the law. It reads out the requirement at paragraph 57 of these reasons that a Charter challenger prove causation, the two practical rules identified at paragraph 58 of these reasons and discussed at paragraphs 61–73 and 84–91 of these reasons, the need for adequate evidence proving causation identified at paragraphs 74–83 of these reasons, and the tens of Supreme Court cases cited in this section of these reasons supporting all of these points.

(b) *The Claimants' proper recourse*

[92] The Claimants and Canada both submitted during the hearing that applications for judicial review targeting the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct are not possible. In their view, there must be a formal decision, a formal order or a tangible record of a

[90] Par conséquent, au vu du dossier dont nous disposons, nous concluons que le régime légal dans son ensemble — à condition qu'il soit appliqué à bon droit — est conçu pour protéger les droits fondamentaux, y compris ceux énumérés dans la Charte. Nous sommes d'avis, après avoir pris connaissance du dossier, que les effets néfastes, s'il en est, soufferts par les personnes qui sont renvoyées aux États-Unis ne peuvent être imputés au régime légal dans son ensemble. Ils seraient plutôt imputables aux examens prévus au paragraphe 102(3) et aux actes administratifs connexes. Or, comme les demandeurs n'ont pas formé de recours contre un acte administratif, nous n'avons pas la possibilité d'évaluer pareille prétention, ni le dossier de preuve pour ce faire.

[91] Une dernière chose. Un échange entre les demandeurs et la Cour mérite d'être mentionné. La Cour a interrogé les demandeurs quant à la nature de leur recours fondé sur la Charte et leur a demandé s'ils l'avaient formé correctement, c'est-à-dire s'ils avaient attaqué l'acte d'État ayant causé la violation de la Charte qu'ils soulèvent. Peu après la pause du matin le deuxième jour d'audience, les demandeurs ont répondu que, pour avoir gain de cause, ils n'avaient qu'à démontrer l'existence d'une violation de la Charte et à alléguer n'importe quelle mesure législative prise au cours des ans ayant précédé les violations. Rien de plus. Cette prétention n'est pas étayée en droit. Elle néglige l'exigence — selon laquelle le demandeur qui intente un recours fondé sur la Charte doit prouver la causalité— dont il est question plus haut au paragraphe 57, les deux règles pratiques énoncées au paragraphe 58 et analysées aux paragraphes 61 à 73 et 84 à 91, la nécessité de produire une preuve adéquate du lien de causalité, dont il est question aux paragraphes 74 à 83 et les dizaines d'arrêts de la Cour suprême mentionnés dans la présente partie des motifs à l'appui de tous ces éléments.

b) *Recours qui aurait dû être intenté par les demandeurs*

[92] Les demandeurs et le Canada ont fait valoir à l'audience leurs prétentions suivant lesquelles il n'est pas possible de faire contrôler les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes. À leur avis, le contrôle judiciaire est subordonné à

decision-point such as a report that has legal effect before there can be judicial review. They submit that there was no such thing here.

[93] I disagree. Applications for judicial review targeting the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct are possible despite what the parties might believe.

[94] Applications for judicial review are possible where a matter—usually administrative conduct or inaction—affects legal rights, imposes legal obligations or causes real prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, at paragraphs 21–25; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365. As a result, there are examples of judicial reviews for administrative conduct or inaction falling short of formal decisions or orders: see, e.g., *Saulnier v. Québec Police Commission*, [1976] 1 S.C.R. 572, (1975), 57 D.L.R. (3d) 545, at page 578 S.C.R. (a recommendation to the Minister of Justice to demote an officer is reviewable); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, at pages 698–703, (1995), 125 D.L.R. (4th) 559 (C.A.), at pages 561–565 (the process for tendering and awarding a contract is reviewable); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, (1997), 151 D.L.R. (4th) 1 (notices from the commissioner of an inquiry that outline possible findings of misconduct are reviewable); *Chrétien v. Canada (Ex-Commissioner, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities)*, 2008 FC 802, [2009] 2 F.C.R. 471 (issuance of a royal commission report with no legal consequences that made reputation-affecting findings concerning an individual is reviewable).

l'existence d'une décision ou d'un décret en bonne et due forme ou un dossier tangible étayant une décision, comme un rapport ayant un effet juridique. Selon eux, il n'y a rien de tel en l'espèce.

[93] Je ne suis pas d'accord. Les demandes de contrôle judiciaire portant sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes sont possibles malgré ce que pourraient en penser les parties.

[94] Il est possible de présenter une demande de contrôle judiciaire lorsque son objet —généralement un acte ou une omission administratifs — porte atteinte à des droits juridiques, impose des obligations juridiques ou cause un véritable préjudice (*Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488, aux paragraphes 21 à 25; *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique*, 2009 CAF 15). Ainsi, il existe des exemples de contrôles judiciaires portant sur des actes ou omissions administratifs qui ne constituent pas une décision ou un décret en bonne et due forme (voir p. ex. *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572, à la page 578, 1975 CanLII 215 (où il a été conclu que la recommandation faite au ministre de la Justice en faveur de la rétrogradation d'un agent était susceptible de contrôle); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694 (C.A.), aux pages 698 à 703, 1995 CanLII 3600 (où il est conclu que le processus d'appel d'offres en vue d'accorder un contrat est susceptible de contrôle); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, 1997 CanLII 323 (où il a été conclu que les préavis, émanant du commissaire présidant une enquête, d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute sont susceptibles de contrôle); *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, 2008 CF 802, [2009] 2 R.C.F. 417 (où il est conclu que la publication d'un rapport d'une commission royale d'enquête dépourvu d'effet juridique ayant nui à la réputation d'un particulier est susceptible de contrôle).

[95] This Court explained the legal basis for this as follows:

Subsection 18.1(1) ... of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order,” but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 ... of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) ... sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing,” a “decision,” an “order” and a “proceeding”. Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action,” not just applications for judicial review of “decisions or orders”: rule 300 of the *Federal Courts Rules* ....

As far as “decisions” or “orders” are concerned, the only requirement is that any application for judicial review of them must be made within 30 days after they were first communicated: subsection 18.1(2) ... of the *Federal Courts Act*.

(*Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, at paragraphs 24–25.)

[96] Based on these authorities, the individual Claimants could have brought judicial reviews against the immigration officers’ decisions that they were ineligible for refugee protection in Canada on the basis that they were or are actually eligible. In support of that, they could have sought *mandamus* requiring the Governor in Council to revoke the designation of the United States and a declaration that the Governor in Council should have revoked the designation of the United States at an earlier time. To the extent it is necessary, administrative law relief could also have been obtained concerning subsection 102(3) reviews and related administrative matters as long as those matters affect legal rights, impose legal obligations or cause real prejudicial effects in accordance with the *Irving* test. To the extent that any administrative decisions have been made along

[95] Notre Cour explique le fondement juridique en ces termes :

Le paragraphe 18.1(1) [...] de la *Loi sur les Cours fédérales* énonce qu’une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est « directement touché par l’objet de la demande ». La question qui peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire ne comprend pas seulement une « décision ou ordonnance », mais tout objet susceptible de donner droit à une réparation aux termes de l’article 18 [...] de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476(C.A.). Le paragraphe 18.1(3) [...] apporte d’autres précisions à ce sujet, indiquant que la Cour peut accorder une réparation à l’égard d’un « acte », de l’omission ou du refus d’accomplir un « acte », ou du retard mis à exécuter un « acte », une « décision », une « ordonnance » et une « procédure ». Enfin, les règles qui régissent les demandes de contrôle judiciaire s’appliquent aux « demandes de contrôle judiciaire de mesures administratives », et non pas aux seules demandes de contrôle judiciaire de « décisions ou ordonnances » : règle 300 [...] des *Règles des Cours fédérales* [...]

En ce qui concerne les « décisions » ou « ordonnances », la seule exigence est que les demandes de contrôle judiciaire doivent être présentées dans les 30 jours qui suivent la première communication : paragraphe 18.1(2) [...] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

(*Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605, aux paragraphes 24 à 25.)

[96] Suivant cette jurisprudence, il aurait été loisible aux particuliers qui sont demandeurs en l’espèce de faire contrôler les décisions des agents de l’immigration quant à l’irrecevabilité de leurs demandes d’asile au Canada au motif que ces dernières étaient recevables ou le sont. Au soutien de leurs prétentions, ils auraient pu demander à la Cour, par voie de requête en *mandamus*, d’ordonner au gouverneur en conseil de révoquer la désignation des États-Unis et une déclaration suivant laquelle il eût fallu au gouverneur en conseil révoquer la désignation des États-Unis à une date antérieure. En cas de besoin, ils auraient pu également demander une réparation de droit administratif à l’égard des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes, dès lors que ces derniers briment leurs droits juridiques, leur imposent des obligations juridiques ou leur causent

the way and need to be quashed, *certiorari* could have been sought. Both administrative law grounds and the Charter might have been offered in support of any of this administrative law relief. If the non-governmental organizations that are Claimants qualify for public interest standing, they could have sought any of this relief on those grounds.

[97] To the extent that any declaratory relief were sought, the Court would have determined its true essence and essential character. If it were akin to *mandamus* or *certiorari*, the Court would have required the prerequisites for those remedies to be met, including any standard of review, before granting any relief: *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, (2015), 379 D.L.R. (4th) 737; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376, at paragraphs 17–22.

[98] In response to the Court’s questioning, the Claimants submitted that judicial reviews under this legislative scheme would be ineffective. The Claimants pointed to Canada’s ability to assert privileges over key documents or redact them and raised the spectre of Canada being able to immunize subsection 102(3) reviews from judicial review.

[99] Canada’s position at the hearing did not lessen the Claimants’ concerns about immunization. Canada maintained that it has an absolute and unqualified right to assert any of the various privileges at its disposal, such as Crown and public interest privilege under sections 38 and 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, regardless of the consequences, even if immunization of decision-making results.

[100] Both sides’ positions are overstated.

[101] In this area, two principles collide. It is true that Canada can assert its privileges if supported by the facts

un véritable préjudice, en application du critère énoncé dans l’arrêt *Irving*. Si des décisions administratives devaient être annulées, les demandeurs auraient pu solliciter le *certiorari*. Des motifs de droit administratif ainsi que ceux fondés sur la Charte auraient pu étayer les demandes visant à obtenir ces réparations de droit administratif. Si les organisations non gouvernementales qui sont parties à l’instance obtiennent la qualité pour agir dans l’intérêt public, ils auraient pu également solliciter ces réparations, pour les mêmes motifs.

[97] Si une déclaration avait été sollicitée, la Cour aurait déterminé la véritable nature de la demande et sa nature essentielle. Si la requête s’apparentait au *mandamus* ou au *certiorari*, la Cour se serait assurée qu’il a été satisfait aux critères applicables, notamment en ce qui a trait à la norme de contrôle, avant d’accorder toute réparation (*Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376, aux paragraphes 17 à 22).

[98] En réponse aux questions de la Cour, les demandeurs affirment qu’il ne servirait à rien de présenter une demande de contrôle judiciaire sous ce régime légal. Ils font valoir la faculté du Canada d’invoquer le privilège à l’égard de documents importants ou de caviarder ces derniers. Selon les demandeurs, le Canada est en mesure de mettre les examens prévus au paragraphe 102(3) à l’abri du contrôle judiciaire.

[99] La thèse avancée par le Canada à l’audience n’a pas atténué les craintes des demandeurs à cet égard. Le Canada a affirmé avoir le droit absolu et inconditionnel d’invoquer n’importe lequel des privilèges dont il dispose, comme ceux que prévoient les articles 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985) ch. C-5, qui intéressent la Couronne et les renseignements d’intérêt public, sans égard aux répercussions d’une telle démarche, et ce même si elle a pour effet de mettre à l’abri du contrôle judiciaire le résultat de la prise de décision.

[100] Les thèses des deux parties sont exagérées.

[101] En la matière, deux principes s’opposent. Certes, le Canada peut invoquer des privilèges, à condition que

and the law. But courts oppose the immunization of public decision-making from review. The collision of these two principles has led courts to devise ways to reconcile the protection of necessary interests in confidentiality with the need for effective, meaningful and fair judicial review.

[102] For a long time now, Canadian courts have opposed attempts by public authorities to immunize administrators completely from judicial review, whether that be done by full privative clauses or the withholding of evidence or explanations essential for a meaningful review. The complete barring of review by a court by whatever means, whether by appeal or by judicial review, even on the issue whether an administrator has exceeded its legislative authority, is an unwarranted interference with the core, constitutional powers of the judiciary and the constitutional principle of the rule of law: *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 27–28; *Habtenkiel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 180, [2015] 3 F.C.R. 327, at paragraph 38; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraph 24. Put positively, *Crevier* stands for the proposition that there must always be at least some prospect or degree of review: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 602, (1993), 100 D.L.R. (4th) 658 (dissenting but not disputed by the majority on this point), citing, with approval, J. H. Grey, “Sections 96 to 100: A Defense” (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, at page 11. This principle is limited to the complete ousting of any review of an administrative decision, not legislative limitations on the availability or scope of review: see, e.g., *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at page 333, (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; *Capital Regional District v. Concerned Citizens of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 842, (1982), 141 D.L.R. (3d) 385; *Vavilov*, at paragraphs 45–52.

les faits et le droit en étaient l’exercice. Or, les tribunaux s’opposent à ce que des décisions publiques se trouvent à l’abri du contrôle. La collision de ces deux principes a mené les tribunaux à définir des moyens de concilier, d’une part la protection de l’intérêt nécessaire à la confidentialité avec, d’autre part, la nécessité de soumettre des décisions au contrôle efficace, utile et juste des tribunaux.

[102] Depuis longtemps, les tribunaux canadiens s’opposent aux tentatives des organismes publics souhaitant soustraire leurs administrateurs à tout contrôle judiciaire, soit par des dispositions d’inattaquabilité complète ou la non-communication d’éléments de preuve ou d’explications essentiels au contrôle judiciaire utile. En érigeant par tous les moyens possibles des ramparts contre toute surveillance judiciaire, qu’elle s’exerce par la voie d’un contrôle judiciaire ou d’un appel, même lorsqu’il s’agit de décider si un administrateur a outrepassé ses compétences légales, on porte atteinte de manière injustifiée aux fonctions essentielles de la magistrature en matière constitutionnelle et au principe constitutionnel qu’est la primauté du droit (*Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, 1981 CanLII 30; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 27 à 28; *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, [2015] 3 R.C.F. 327, au paragraphe 38; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 au paragraphe 24). Autrement dit, l’arrêt *Crevier* permet d’affirmer qu’un certain contrôle judiciaire doit toujours être possible (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 601, 1993 CanLII 164 (opinion dissidente non contredite par les juges majoritaires à cet égard), mentionnant, avec approbation J. H. Grey, « Sections 96 to 100 : A Defense » (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, à la page 11). Ce principe ne vaut que pour la mise à l’abri complète d’une décision administrative; il ne s’applique pas aux limites imposées par une loi à la portée du contrôle judiciaire (voir p. ex. *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 333, 1993 CanLII 88; *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia et autres*, [1982] 2 R.C.S. 842, 1982 CanLII 220; *Vavilov*, aux paragraphes 45 à 52).



[103] For this reason, full privative clauses that purport to immunize administrative decision-making entirely from review are read down to permit review, albeit usually on a deferential basis: see, e.g., *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449.

[104] In judicial review, the reviewing courts are in the business of enforcing the rule of law, one aspect of which is “executive accountability to legal authority” and protecting “individuals from arbitrary [executive] action”: *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 70. Put another way, all holders of public power must be accountable for their exercises of power, a principle that rests at the heart of our democratic governance and the rule of law: *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at paragraphs 313–315 (dissenting but not disputed by the majority on this point); *Canadian Judicial Council v. Girouard*, 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503, at paragraph 103; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911, at paragraph 119.

[105] The rationale against the complete immunization of administrative conduct from review is as fundamental as it can get:

“L’etat, c’est moi” and “trust us, we got it right” have no place in our democracy. In our system of governance, all holders of public power, even the most powerful of them—the Governor-General, the Prime Minister, Ministers, the Cabinet, Chief Justices and puisne judges, Deputy Ministers, and so on—must obey the law: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, 161 D.L.R. (4th) 385; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803); *Magna Carta* (1215), art. 39. From this, just as night follows day, two corollaries must follow. First, there must be an umpire who can meaningfully assess whether the law has been obeyed and grant appropriate relief. Second, both the umpire and the assessment must be fully independent from the body being reviewed. See the discussion in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128 at paras. 77-79, *Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2013

[103] C’est pourquoi les dispositions d’inattaquabilité qui ont pour objet de soustraire intégralement les décisions administratives au contrôle sont interprétées de manière à permettre le contrôle. En règle générale, toutefois, une telle démarche est empreinte de déférence (voir p. ex. *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1990 CanLII 49).

[104] Les cours saisies d’un contrôle judiciaire sont chargées d’assurer la primauté du droit, dont un aspect concerne « la responsabilité de l’exécutif devant l’autorité légale » et protège les personnes « contre l’arbitraire de l’État » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 1998 CanLII 793, au paragraphe 70.). Autrement dit, tous ceux à qui des pouvoirs publics ont été décernés doivent exercer ces pouvoirs de façon responsable, un principe qui est au cœur de notre système démocratique de gouvernement et de la primauté du droit (*Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, aux paragraphes 313 à 315 (opinion dissidente non contredite par les juges majoritaires à cet égard); *Conseil canadien de la Magistrature c. Girouard*, 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503, au paragraphe 103; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911, au paragraphe 119).

[105] La raison pour laquelle on ne permet pas de soustraire complètement un acte administratif au contrôle judiciaire touche à un aspect on ne peut plus fondamental :

Les énoncés du genre « l’État, c’est moi » et « Faites-nous confiance, nous avons raison » sont incompatibles avec notre régime démocratique. Dans notre système de gouvernance, la loi s’applique à tous les titulaires de charge publique, même les plus puissants (le gouverneur général, le premier ministre, les ministres, les membres du Cabinet, les juges en chef, les juges puînés, les sous-ministres, et ainsi de suite) : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 161 D.L.R. (4th) 385; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803); *Magna Carta* (1215), art. 39. Ainsi, deux corollaires s’ensuivent tout naturellement. Premièrement, il faut un arbitre en mesure de vérifier si la loi a été respectée et, s’il y a lieu, de prendre les mesures de réparation indiquées. Deuxièmement, l’arbitre, qui ne doit avoir aucun lien de dépendance avec l’organisme faisant l’objet du contrôle, doit procéder à



FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 at paras. 313-315 (dissenting but not disputed by the majority), and the numerous authorities cited therein.

Tyranny, despotism and abuse can come in many forms, sizes, and motivations: major and minor, large and small, sometimes clothed in good intentions, sometimes not. Over centuries of experience, we have learned that all are nevertheless the same: all are pernicious. Thus, we insist that all who exercise public power—no matter how lofty, no matter how important—must be subject to meaningful and fully independent review and accountability.

(*Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132, at paragraphs 23–24; see also *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 865, [2019] 1 F.C.R. 404, at paragraphs 6–7, affd 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503.)

[106] Courts are alert to attempts by public authorities and administrators to immunize their decision-making by withholding documents and information necessary for judicial review or by failing to give explanations and rationales for decision-making: *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128, at paragraph 51; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268, at paragraph 24; *Slansky*, at paragraph 276 (dissenting but not disputed by the majority); see also Paul A. Warchuk, “The Role of Administrative Reasons in Judicial Review: Adequacy and Reasonableness” (2016), 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87, at page 113; and see the requirement for reasoned explanations behind administrative decision making in *Vavilov*, at paragraphs 83–87 and 91–104.

[107] To ensure that judicial reviews are available, effective and fair, both sides have many tools to compel the production of evidence or the provision of information such as production of the administrative record under rule 317, subpoenas under rule 41, and oral and documentary discoveries when the judicial review can

un examen indépendant. Voir l’analyse dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, par. 77 à 79, *Slansky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81 par. 313 à 315 (motifs dissidents, mais non contestés par la majorité), et l’abondante jurisprudence qui y est citée.

Il n’y a pas qu’un type d’actes de tyrannie, de despotisme ou d’abus ni une seule motivation les sous-tendant; en effet, qu’ils soient audacieux ou non, lourds de conséquences ou pas, voire posés sous le couvert de bonnes intentions, ils sont tous pernicious, selon l’expérience que nous avons acquise au fil des siècles. C’est pourquoi il est primordial que tous les titulaires de charge publique – peu importe leur rang ou leur importance – soient assujettis à un contrôle réel et entièrement indépendant et à une obligation de rendre compte.

(*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132, aux paragraphes 23 à 24; voir également *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 865, [2019] 1 R.C.F. 404, aux paragraphes 6 à 7, conf. par 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503.)

[106] Les cours de justice ne se laissent pas leurrer par les organismes publics et les administrateurs qui tentent de soustraire leurs décisions au contrôle en refusant de communiquer certains documents ou renseignements essentiels au contrôle ou en ne justifiant pas leurs décisions (*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, au paragraphe 51; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268, au paragraphe 24; *Slansky*, au paragraphe 276 (opinion dissidente non contredite par les juges majoritaires); voir également Paul A. Warchuk, « The Role of Administrative Reasons in Judicial Review : Adequacy and Reasonableness » (2016) 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87, à la page 113; et voir l’explication sur la nécessité d’explications motivées sous-tendant les décisions administratives dans l’arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 83 à 87 et 91 à 104).

[107] Pour se prévaloir d’un contrôle judiciaire utile et juste, les deux parties disposent de plusieurs moyens de contraindre la production de preuve ou de renseignements. Par exemple, la règle 317 prévoit la transmission du dossier du décideur administratif, la règle 41 permet le subpoena et le paragraphe 18.4(2) de la *Loi*

be treated like an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7: see the general discussion in *Tsleil-Waututh Nation* at 86-105; on subsection 18.4(2), see *Canada (Human Rights Commission) v. Saddle Lake Cree Nation*, 2018 FCA 228, at paragraphs 23–26 and *Meggesson v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 175, 349 D.L.R. (4th) 416, at paragraphs 31–34. The Federal Courts have additional tools under the plenary powers they possess as courts: see *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8, at paragraph 20 and cases cited therein.

[108] The primary tool available to parties is to request that the administrative decision maker produce its record under rule 317. In dealing with a request, administrative decision-makers can object to disclosing documents under rule 318 based, for example, on privileges. After receiving submissions, the Court can rule on the objections. See, generally, *Lukács v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 103, at paragraphs 5–18; and see *Bernard v. Public Service Alliance of Canada*, 2017 FCA 35 on the procedure for litigating objections.

[109] When dealing with privileges, the Court will scrutinize them carefully. Some privileges, such as public interest privilege, have demanding requirements that must be met: see, e.g., *Vancouver Airport Authority v. Commissioner of Competition*, 2018 FCA 24, [2018] 3 F.C.R. 633. When a claim of privilege over a document is before a Court under rule 318, the Court is not always limited to the all-or-nothing choice of making an order requiring the document to be produced or keeping the document secret. Often the Court can craft an order that protects confidentiality interests while permitting sufficient access to confidential material to facilitate effective and meaningful judicial review: *Lukács*, at paragraphs 12–18; see also *Canada Evidence Act*, subsections 37(5) and 39.1(7) and (8). When the record assembled under rules 317 and 318 is settled, it can be filed with the Court hearing the judicial review: on this, see *Canadian Copyright Licensing Agency (Access*

*sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 prévoit la communication préalable des témoignages oraux et documents recueillis dans les cas où la demande de contrôle judiciaire peut être instruite comme une action (voir l’analyse générale dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 86 à 105; pour une analyse du paragraphe 18.4(2), voir les arrêts *Canada (Commission des droits de la personne) c. Nation crie de Saddle Lake*, 2018 CAF 228, aux paragraphes 23 à 26 et *Meggesson c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 175, aux paragraphes 31 à 34). En outre, les Cours fédérales peuvent exercer la plénitude de pouvoirs inhérents aux tribunaux (voir *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8, au paragraphe 20 et les arrêts qui y sont mentionnés).

[108] Le principal moyen consiste pour les parties à exiger du décideur administratif qu’il transmette le dossier en vertu de la règle 317. Le décideur administratif qui reçoit une telle demande peut s’y opposer, en vertu de la règle 318, sur le fondement notamment de l’application de privilèges. Dans ce cas, la Cour, au vu des observations sur l’opposition, tranchera la question. Voir, généralement, *Lukács c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 103, aux paragraphes 5 à 18 et voir *Bernard c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2017 CAF 35 sur la procédure d’instruction des objections.

[109] Lorsqu’un privilège est invoqué, la Cour en examine de près l’exercice. Certains privilèges, comme celui relatif à l’intérêt public, sont assortis d’exigences élevées (voir, p. ex., *Administration de l’aéroport de Vancouver c. Commissaire de la concurrence*, 2018 CAF 24, [2018] 3 R.C.F. 633. Dans le cas où une partie invoque un privilège à l’égard d’un document et que la règle 318 s’applique, la Cour n’est pas forcément placée devant une alternative, à savoir ordonner la production du document ou en confirmer la confidentialité. Souvent, la Cour peut adapter l’ordonnance pour protéger les intérêts liés à la confidentialité et permettre la communication de suffisamment d’éléments confidentiels pour favoriser un contrôle judiciaire efficace et utile (*Lukács*, aux paragraphes 12 à 18; voir également la *Loi sur la preuve au Canada*, paragraphes 37(5) et 39.1(7) et (8)). Une fois que les questions quant au dossier assemblé en application des règles 317 et 318 sont tranchées, le dossier peut

*Copyright) v. Alberta*, 2015 FCA 268, [2016] 3 F.C.R. 19, at paragraphs 7–24.

[110] There are cases where the Court cannot craft an order permitting some disclosure and so an assertion of privilege over an important document is entirely upheld. But the judicial review is not stopped in its tracks. The Court has some mechanisms to deal with this.

[111] Assertions of privileges over a challenger's constant and firm objection can lead to adverse inferences being drawn against the party asserting the privilege—and sometimes the adverse inference can be pivotal in the outcome of the judicial review: see, e.g., *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, at paragraphs 165–166; and see discussion of this in *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraph 54.

[112] The assertion of privileges over a challenger's constant and firm objection can also lead to serious gaps in the evidentiary record that either leave the administrator unable to demonstrate the reasonableness of its decision to the reviewing court or undermine the requirement that there be a reasoned explanation for an administrator's decision. Either can lead to the quashing of the administrative decision: *Vavilov*, above; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraphs 313–324.

[113] Despite the assertion of privileges, challengers and the Court do not necessarily have to be deprived of what they need for an effective, meaningful and fair judicial review.

[114] Public authorities and administrative decision-makers can sometimes prepare and disclose a summary of how they went about their task, what they took into account and why they acted the way they did, providing enough information to allow for an effective and meaningful judicial review. In law, the provision of such a

être déposé à la Cour saisie du contrôle judiciaire (sur ce point, voir l'arrêt *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Alberta*, 2015 CAF 268, [2016] 3 R.C.F. 19, aux paragraphes 7 à 24).

[110] Dans certains cas, toute communication est impossible, et la Cour n'aura d'autre choix que de confirmer l'application du privilège invoqué à l'égard de l'ensemble d'un document important. Cependant, le contrôle judiciaire ne s'arrête pas là. La Cour dispose de certains outils.

[111] Il est loisible à la Cour de tirer des inférences négatives à l'égard d'une partie qui insiste sur l'application d'un privilège malgré l'opposition ferme et constante du demandeur. Il arrive que cette inférence négative soit déterminante (voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux paragraphes 165 à 166, 1995 CanLII 64; voir également l'analyse dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, au paragraphe 54).

[112] Invoquer un privilège malgré l'opposition ferme et constante du demandeur risque également de mener à un dossier de preuve sérieusement lacunaire, qui empêchera le décideur administratif de démontrer à la cour saisie du contrôle que sa décision était raisonnable ou qu'une explication motivée sous-tendait cette dernière, une exigence à laquelle il faut satisfaire. Dans un cas comme dans l'autre, la décision administrative est susceptible d'annulation (*Vavilov*; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, aux paragraphes 313 à 324).

[113] Même lorsque des privilèges sont invoqués, les demandeurs et la Cour ne sont pas forcément privés de ce dont ils ont besoin pour un contrôle judiciaire efficace, utile et juste.

[114] Parfois, les organismes publics et les décideurs administratifs présentent un résumé de leur démarche, des éléments dont ils ont tenu compte et une explication de leurs actes. Ce résumé fournit suffisamment de renseignements pour permettre un contrôle judiciaire efficace et utile. En droit, la communication d'un tel résumé dans

summary in these circumstances does not waive privilege. For example, in *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, 444 D.L.R. (4th) 298, a certificate under section 39 of the *Canada Evidence Act*—the most drastic privilege on the books—was issued to render secret the Governor in Council’s deliberations and the sensitive documents and information it relied upon. But the Governor in Council provided a summary of its decision making in the preambles to its Order in Council approving an infrastructure project. This was sufficient in the circumstances to make the judicial review effective, meaningful and fair.

[115] Of course, the summary must be adequate and accurate. Some evidence should be offered regarding who prepared the summary and how it was prepared. Some of the mechanisms, discussed immediately below, may facilitate the making of submissions concerning the adequacy and accuracy of the summary.

[116] The Federal Courts have mechanisms available to them that can reconcile the need for confidentiality while allowing for effective, meaningful and fair judicial review. And some statutory privileges are subject to exceptions and Courts can fashion flexible disclosure orders to preserve confidentiality as much as possible: see for example *Canada Evidence Act*, subsections 37(5) and 39.1(7) and (8).

[117] Depending on the type of privilege and the circumstances, a reviewing court may be able to review the privileged documents and the summary to ensure adequacy and accuracy.

[118] For example, on motion by either side to the judicial review, the Court, using its powers under the *Federal Courts Rules*, its plenary powers, or both, can appoint the equivalent of an *amicus* who can receive unredacted or largely unredacted copies of privileged material and make submissions in the absence of the applicants on the challengers’ behalf in a closed hearing.

ces circonstances n’emporte pas la renonciation au privilège. Par exemple, l’affaire *Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, portait sur l’application de l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* — le privilège le plus strict au pays — pour soustraire à la communication les délibérations du gouverneur en conseil et les documents et renseignements sensibles consultés. Toutefois, le gouverneur en conseil a fourni un résumé de sa démarche décisionnelle, qu’il a inclus dans le préambule du décret pris en vue d’approuver le projet d’infrastructure. Ce résumé s’avérait suffisant dans les circonstances pour permettre l’exercice d’un contrôle judiciaire efficace, utile et juste dans ce cas.

[115] Bien entendu, encore faut-il que le résumé soit adéquat et exact et qu’il indique l’auteur et les circonstances de sa rédaction. Certains outils mentionnés ci-après sont susceptibles de faciliter la rédaction d’observations quant au caractère adéquat et exact du résumé.

[116] Les Cours fédérales disposent d’outils leur permettant de concilier, d’une part, la nécessité d’assurer la confidentialité et, d’autre part, le contrôle judiciaire efficace, utile et juste. D’ailleurs, certains privilèges prévus par une loi sont visés par des exceptions, et les cours sont en mesure de rédiger des ordonnances de communication souples qui protègent la confidentialité autant que faire se peut (voir, p. ex., *Loi sur la preuve au Canada*, paragraphes 37(5) et 39.1(7) et (8)).

[117] Selon le type de privilège invoqué et les circonstances, il se peut que la cour saisie du contrôle puisse prendre connaissance des documents visés par le privilège en vue de vérifier que le résumé est adéquat et exact.

[118] Par exemple, il est loisible à la Cour, sur requête présentée par l’une ou l’autre partie au contrôle judiciaire, en vertu des pouvoirs que lui confèrent les *Règles des Cours fédérales*, de la plénitude des pouvoirs inhérents ou des deux, de nommer une sorte d’*amicus*. Ce dernier est alors chargé de recevoir la transmission de copies non caviardées ou presque de documents visés

This is analogous to the use of a special advocate acting for the challengers in a national security judicial review: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326.

[119] Sometimes measures short of that suffice. *Ex parte* hearings may be necessary and useful in some circumstances. In some cases, counsel for the applicants on judicial review can be permitted to receive confidential information on their undertaking to keep it confidential or a more restrictive undertaking not even to divulge it to their clients.

[120] The measures to which a court can resort are limited only by its creativity and the obligation to afford procedural fairness to the highest extent possible. Many variations of the measures discussed above can be imagined: see, e.g., the creative order made for access to highly confidential Cabinet materials in the Charter challenge in *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281, particularly Schedule 1 thereto; and see also this Court's approval of these mechanisms in *Vancouver Airport Authority and Lukács*.

[121] Judicial reviews can be prosecuted and decided quickly, especially if they are expedited: *Brown*, at paragraph 159; *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 174 C.P.R. (4th) 85, at paragraph 22. Examples of speediness abound. The Federal Court often hears and decides urgent judicial reviews quickly: *Brown*, at paragraphs 157–159. This Court can act quickly even in complex matters. For example, recently this Court issued 79 directions, orders, reasons and judgments over a handful of weeks to get a large judicial review ready for hearing: *Coldwater First Nation*. Where delay is unavoidable, interlocutory relief, including a stay, pending determination of a judicial review is possible: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385.

par le privilège et de présenter des observations au nom des demandeurs en leur absence à une audience à huis clos. Un tel exemple s'apparente au recours à un avocat spécial représentant les demandeurs dans le contrôle judiciaire d'une décision faisant intervenir la sécurité nationale (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326).

[119] Parfois, point n'est besoin d'aller jusque-là. La tenue d'une audience *ex parte* peut se révéler nécessaire et utile dans certaines circonstances. Dans certains cas, les avocats des demandeurs agissant dans le cadre de contrôles judiciaires peuvent être autorisés à recevoir des renseignements confidentiels à condition de s'engager à en respecter la confidentialité, voire à ne pas les révéler à leurs clients.

[120] Le tribunal n'est restreint, à l'égard des mesures auxquelles il peut recourir, que par sa propre ingéniosité et par l'obligation d'assurer l'équité procédurale autant que faire se peut. On peut imaginer plusieurs variations aux mesures traitées plus haut (voir, p. ex., l'ordonnance ingénieuse visant les documents très confidentiels du Cabinet dans le recours fondé sur la Charte dans l'affaire *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281, tout particulièrement l'annexe 1; voir également les motifs de notre Cour dans les arrêts *Vancouver Airport Authority* et *Lukács* où elle approuve le recours à de telles mesures).

[121] Il est possible d'instruire et de trancher les demandes de contrôle judiciaire rapidement, tout particulièrement si une requête en instruction accélérée est accueillie (*Brown*, au paragraphe 159; *Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Media Inc.*, 2020 CAF 108, au paragraphe 22). Des exemples de célérité font légion. Souvent, la Cour fédérale tranche rapidement des demandes de contrôle judiciaire urgentes (*Brown*, aux paragraphes 157 à 159). Notre Cour a la faculté d'agir rapidement même si elle est saisie de litiges complexes. Par exemple, récemment, elle a prononcé 79 directives, ordonnances, jugements et motifs en quelques semaines seulement pour préparer un contrôle judiciaire en vue de la tenue de l'audience (*Première Nation Coldwater*). Dans les cas où les longueurs sont inévitables, il est possible de demander des



[122] For years, the Federal Courts have entertained judicial reviews in the national security context. Sometimes they have to proceed quickly. They deal with some of the most sensitive and confidential information held by the Government of Canada. Nevertheless, by using many of the mechanisms described above and mechanisms analogous to these, the Federal Courts have reconciled the protection of necessary interests in confidentiality with the need for effective, meaningful and fair judicial review. With all the tools at the Federal Courts' disposal in the *Federal Courts Rules* and their plenary powers—and with the good faith and professionalism of all involved—that reconciliation can also happen here. The precise form it takes in specific cases will be a matter for the parties to negotiate and argue and the Federal Court to consider and decide.

(c) Procedural fairness concerns in this case

[123] None of the parties to this appeal spent much time in their memoranda of fact and law characterizing the real essence and essential character of the applications or the implications of that. Nor did they spend much time analyzing the legislative scheme. As a result, the parties spent little time on the most relevant part of the legislative scheme in the post-designation context: the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

[124] During our preparations for the hearing of the appeal, we noticed that relatively few submissions were made concerning subsection 102(3) reviews. And upon reviewing the evidentiary record before us, we found relatively little evidence concerning the conducting of subsection 102(3) reviews. What we did find was often heavily redacted.

mesures interlocutoires, notamment un sursis, avant l'issue du contrôle judiciaire (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, 1994 CanLII 117).

[122] Depuis des années, les Cours fédérales instruisent des contrôles judiciaires faisant intervenir des questions de sécurité nationale. Parfois, ils nécessitent d'être traités rapidement. Ils mettent en jeu certains des renseignements les plus sensibles et confidentiels que détient l'État. Néanmoins, grâce à nombre des outils décrits plus haut et à d'autres mesures semblables, les Cours fédérales réussissent à concilier, d'une part, la nécessité de protéger la confidentialité et, d'autre part, l'importance de contrôles judiciaires efficaces, utiles et justes. Vu tous les outils dont disposent les Cours fédérales, notamment les pouvoirs que leur confèrent les *Règles des Cours fédérales* et la plénitude des pouvoirs inhérents — et compte tenu de la bonne foi et du professionnalisme de tous les intéressés — pareille conciliation est possible en l'espèce. La forme exacte qu'elle revêtira dans chaque cas dépendra du résultat des négociations et des débats entre les parties et des décisions réfléchies de la Cour fédérale à cet égard.

c) Questions sur l'équité procédurale

[123] Les mémoires des faits et du droit des parties à l'appel ne traitent guère de la véritable nature des demandes ou de leur nature essentielle ou des répercussions de telles questions. De même, elles ne réservent guère d'espace à l'analyse du régime légal. Par conséquent, elles traitent à peine de la partie la plus importante du régime légal une fois la désignation accordée, à savoir les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

[124] Nous avons remarqué, lors de notre préparation en vue de l'audience, que relativement peu d'observations ont trait aux examens prévus au paragraphe 102(3). Nous n'avons tiré du dossier de preuve guère d'éléments sur la tenue de ces examens. Et ce qui s'y trouvait était en grande partie caviardé.



[125] Uppermost in our minds as we were preparing was procedural fairness: the need to ensure the parties were aware of our concerns and had an opportunity to address them. We must decide cases on all the law that binds us, not just the law that the parties happen to put to us. But in doing this, we must be procedurally fair to the parties. See *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689. We took steps to ensure procedural fairness.

[126] We issued a direction inviting the parties to make additional submissions, particularly on the issue of the subsection 102(3) reviews:

In addition to the parties' submissions in the memoranda of fact and law and the oral submissions they intend to make at the hearing of this appeal, the Court would appreciate submissions on an additional issue.

At paras. 77-78 of its reasons, the Federal Court refers to reports of reviews conducted in December 2016, March 2017 and February 2018. Were these reviews conducted under subsection 102(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27? Some other assessments, which may or may not be reviews under subsection 102(3), appear in the record with passages redacted: see, e.g., pp. 15993 and 16722.

At the hearing of this appeal, the Court would appreciate oral submissions on the nature of the evidentiary record concerning subsection 102(3) reviews and the following three questions.

Are all the subsection 102(3) reviews since the decision of this Court in 2008 before the Court in non-redacted form?

If not, which reviews have not been included and what were the circumstances leading to the non-inclusion of reviews or the making of redactions in documents concerning the reviews?

Finally, what effects do the answers to these questions have on this Court's adjudication of this appeal?

[125] Au cours de notre préparation, notre principal souci concernait l'équité procédurale : veiller à ce que les parties connaissent les questions en jeu et aient l'occasion d'y répondre. La Cour est tenue de trancher les affaires sur le fondement de toutes les règles de droit applicables, non pas des seules règles invoquées par les parties. Or, elle doit faire preuve d'équité envers les parties. (Voir *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.) Nous avons donc pris des mesures pour assurer l'équité procédurale.

[126] Nous avons invité les parties, par voie de directive, à présenter des observations supplémentaires, notamment sur les examens prévus au paragraphe 102(3) :

[TRANSDUCTION]

Outre les observations des parties figurant dans le mémoire des faits et du droit et les observations orales qu'elles entendent présenter à l'audience, la Cour sollicite des observations sur une autre question.

Aux paragraphes 77 et 78 de ses motifs, la Cour fédérale mentionne les rapports sur les examens menés en décembre 2016, mars 2017 et février 2018. Ces examens ont-ils été effectués sous le régime du paragraphe 102(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27? D'autres évaluations susceptibles de constituer des examens effectués en application de cette disposition, dont des passages sont caviardés, ont été versées au dossier (voir, p. ex., p. 15993 et 16722).

À l'audience, la Cour aimerait entendre des observations orales sur la nature du dossier de preuve sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et sur les trois questions suivantes.

Le dossier de preuve comporte-t-il, en version non caviardée, tous les examens effectués en application du paragraphe 102(3) depuis l'arrêt de la Cour en 2008?

Si ce n'est pas le cas, quels examens n'ont pas été versés au dossier et quelles sont les circonstances ayant mené à telle omission ou au caviardage des documents portant sur les examens?

Enfin, quelle incidence les réponses à ces questions auront-elles sur le processus décisionnel de la Cour en l'espèce?

The parties are invited to make submissions at the hearing of this appeal on these questions or on any issues related to these questions.

[127] At the appeal hearing, the parties offered detailed submissions on the issues described in the direction and related issues. They showed an understanding of the relevance of these issues and their implications for the outcome of the appeal.

[128] Further, during the hearing, the Court actively questioned the parties on these issues, often explaining the relevance and implications of its questions. Our questions explored:

- the real essence and essential character of the Claimants' applications;
- the role and significance of subsection 102(3) reviews and related administrative conduct;
- whether the Claimants should have challenged the entire legislative scheme, including subsection 102(3), and the related administrative conduct;
- whether the effects on refugee claimants described by the Claimants stemmed from the two provisions alone, the entire legislative scheme including subsection 102(3), or administrative action or inaction concerning subsection 102(3) reviews and the failure of the Governor in Council to revoke the designation of the United States as a safe third country;
- whether the gaps in the evidentiary record concerning subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and the failure to challenge the entire legislative scheme or any administrative actions under it were fatal to this appeal;
- whether applications for judicial review were available for subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

Les parties sont invitées à présenter des observations à l'audience sur ces questions ou tout autre aspect connexe.

[127] À l'audience, les parties ont présenté des observations détaillées sur les questions énoncées dans la directive et d'autres aspects connexes. Elles ont démontré qu'elles comprenaient l'importance de ces questions et de leurs répercussions pour l'issue de l'appel.

[128] En outre, à l'audience, la Cour a interrogé activement les parties sur ces aspects, souvent en expliquant la pertinence et les répercussions des questions. Les questions portaient sur les domaines suivants :

- la véritable nature et la nature essentielle des demandes;
- le rôle et l'importance des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes;
- l'opportunité d'un recours contre le régime légal au complet, y compris le paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes;
- si les effets soufferts par les demandeurs d'asile décrits par les demandeurs découlaient des deux dispositions uniquement, du régime légal dans son ensemble, y compris le paragraphe 102(3) ou des actes ou omissions administratifs découlant des examens prévus au paragraphe 102(3) et du défaut de la part du gouverneur en conseil de révoquer la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr;
- si les lacunes du dossier de preuve en ce qui concerne les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes et la décision de ne pas attaquer le régime légal dans son ensemble ou tout acte administratif pris en vertu de ce régime ont été fatales pour l'appel;
- s'il eût été possible de présenter des demandes de contrôle judiciaire à l'égard des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes.

[129] During this questioning, the Court put to the parties the leading Supreme Court authorities concerning these matters, including *PHS Community Services*, *Little Sisters* and *MacKay*. The parties, represented by experienced constitutional litigators, were familiar with these authorities and gave us helpful submissions on them.

[130] The parties understood these issues, understood their significance for this appeal and gave complete responses to the Court. They did not ask for an opportunity to make further written submissions to the Court. None were needed, as the Court was satisfied with the completeness and the quality of the parties' responses.

(d) The Federal Court's decision

[131] The Federal Court dealt with the Charter challenge in the way it was put and defended. In so doing, its attention was diverted away from important features of the legislative scheme—in particular, the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and the centrality of these two things. As well, the principles of Charter litigation, discussed above, were not argued before it. These things led the Federal Court into reversible error. As a result, this Court can intervene.

D. The issues arising under section 7 of the Charter

[132] The analysis in section C of these reasons is sufficient to dismiss the Claimants' Charter challenge. However, for the guidance of those advancing section 7 claims in this area in the future, this Court will now highlight certain issues arising from the reasons of the Federal Court.

(1) *The finding that those returned to the United States were automatically detained*

[133] The Federal Court found that returnees are “immediately and automatically imprisoned by U.S. authorities” (at paragraph 103).

[134] The Claimants submit that appellate courts must defer to the factual findings of first-instance courts and

[129] À l'audience, la Cour a présenté aux parties les arrêts de principe issus de la Cour suprême en la matière, dont *PHS Community Services*, *Little Sisters* et *MacKay*. Les parties, représentées par des avocats chevronnés en droit constitutionnel, nous ont présenté des observations utiles sur ces arrêts, qui leur étaient familiers.

[130] Les parties étaient au fait de ces questions, en comprenaient l'importance pour l'appel et ont donné des réponses complètes à la Cour. Elles n'ont pas demandé l'autorisation de présenter d'autres observations écrites, ce qui n'était pas nécessaire, car la Cour était satisfaite de la qualité et de l'exhaustivité des réponses des parties.

d) Décision de la Cour fédérale

[131] La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu. Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal, tout particulièrement les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes de même que l'importance cruciale de ces éléments. En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte, dont il est question plus haut, n'ont pas été plaidés devant elle. Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision. Par conséquent, il est loisible à notre Cour d'intervenir.

D. Questions portant sur l'article 7 de la Charte

[132] L'analyse qui figure à la partie C des présents motifs suffit à la Cour pour rejeter le recours des demandeurs fondé sur la Charte. Toutefois, pour la gouverne des parties qui invoqueront l'article 7 dans ce contexte à l'avenir, la Cour tient à souligner certaines questions qui émanent des motifs de la Cour fédérale.

1) *Conclusion quant à la détention d'office des personnes renvoyées aux États-Unis*

[133] Selon la Cour fédérale, les demandeurs renvoyés sont « immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines » (au paragraphe 103).

[134] De l'avis des demandeurs, les cours d'appel sont tenues de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions

the test for interference is the very high standard of palpable and overriding error. On this, they are correct: see, e.g., *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraph 46. However, where fact-finding has been done contrary to accepted legal principle or where a legal error “infected or tainted” a factual conclusion, the Court may interfere: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 35.

[135] The Federal Court took the evidence of ten individuals who said that they were detained upon returning to the United States (at paragraphs 95–98), evidence that United States officials required one returnee to surrender her cellphone (at paragraph 97) and evidence about the conditions and quality of one person’s detention (at paragraph 96) and concluded that all who return to the United States are “immediately and automatically imprisoned” (at paragraph 103).

[136] The Federal Court also relied (at paragraph 98) on the evidence of lawyers who represent or advise returnees. Their testimony, taken at its highest, suggests that many, not all, detainees are detained.

[137] As a matter of law, inferences must be logical and must not go beyond the limits of the evidence before the Court: *Mahjoub*, above, at paragraph 62; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723, citing the widely accepted test in *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (S.C.J.), at paragraphs 23–31. Where a court draws inferences outside the range of inferences it could reasonably make, interference is warranted: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paragraph 57.

[138] Logically, evidence about the conditions and quality of one person’s detention and the confiscation of another person’s cellphone says nothing about whether detention is immediate or automatic across the United States

de fait des cours de première instance. Le critère auquel est subordonnée l’intervention est celui de l’erreur manifeste et dominante, qui est très strict. Sur ce point, ils ont raison (voir, p. ex., *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, au paragraphe 46). Toutefois, lorsque la recherche des faits est contraire aux principes juridiques acceptés ou lorsqu’une erreur de droit « a entaché ou vicié » la conclusion factuelle, la Cour peut intervenir (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 35).

[135] La Cour fédérale, sur la foi des témoignages de dix personnes ayant affirmé avoir été détenues à leur retour aux États-Unis (aux paragraphes 95 à 98), d’une personne selon qui les autorités américaines avaient confisqué son téléphone cellulaire à son retour (au paragraphe 97) et d’une autre personne au sujet des conditions de sa détention (au paragraphe 96), conclut que tous ceux qui sont renvoyés aux États-Unis sont « immédiatement et automatiquement emprisonnés » (au paragraphe 103).

[136] La Cour fédérale ajoute également foi à la preuve présentée par les avocats qui représentent ou conseillent des personnes visées par une mesure de renvoi (au paragraphe 98). Leur témoignage, tout au plus, indique que, si de nombreuses personnes sont emprisonnées, elles ne le sont pas toutes.

[137] En droit, les inférences ne sauraient être illogiques ou aller au-delà de la preuve au dossier (*Mahjoub*, au paragraphe 62; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, mentionnant le critère largement accepté énoncé dans *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (C.S. Ont.), aux paragraphes 23 à 31). Lorsque le tribunal tire une inférence qui ne figure pas parmi les inférences qu’il pouvait raisonnablement tirer, l’intervention est justifiée (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, au paragraphe 57).

[138] Sur le plan de la logique, les témoignages sur les conditions de détention ou la confiscation d’un téléphone portable ne permettent pas de conclure que la détention est immédiate et automatique à l’échelle du système

system. The evidence of the particular treatment of ten individuals—all selected by the Claimants—cannot itself provide a basis for making system-wide inferences. And evidence from lawyers selected by the Claimants that “most are detained” cannot support an inference that all coming in from the border with Canada are immediately and automatically detained.

[139] Only the opinion of experts testifying on system-wide phenomena, the content of United States law and its effects might suffice. In the Federal Court, the Claimants tendered the evidence of several experts on United States law and immigration practice to try to do just that. However, in this case, the experts’ testimony did not support the Federal Court’s conclusion. The experts testified that detention is discretionary, not mandatory, for most returnees: Hughes December 3, 2018 cross-examination, appeal book, Vol. 27, tab 119, pages 11292–11293; Witmer cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 137, pages 13763–13765; Anker cross-examination, appeal book, Vol. 25, tab 109, page 10127; Yale-Loeher affidavit, appeal book, Vol. 47, tab 185, pages 20142–20144. The United States law cited by them confirms this point. And many experts had little knowledge about the application of United States refugee detention practices to returnees: Hughes December 3, 2018 cross-examination, appeal book, Vol. 27, tab 119, pages 11254–11255; Robinson cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 141, pages 13907–13910; Obser cross-examination, appeal book, Vol. 32, tab 133, pages 13526 and 13538; Warden-Hertz cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 139, pages 13830–13831; and Benson cross-examination, appeal book, Vol. 28, tab 122, pages 11586–11587.

[140] The highest possible finding on this record is that returnees to the United States are exposed to a risk of discretionary detention. Refugee claimants in Canada are exposed to that sort of risk: Act, section 55. This similarity suggests that sending refugee

américain. Le témoignage de dix personnes —choisies par les demandeurs — sur le traitement qu’elles ont subi, à lui seul, ne permet pas au tribunal de tirer des inférences quant au système entier. En outre, la preuve présentée par des avocats choisis par les demandeurs, selon laquelle « la plupart des personnes sont détenues », ne saurait mener le tribunal à inférer que tous ceux qui arrivent de la frontière avec le Canada sont immédiatement et automatiquement emprisonnés.

[139] Seuls les avis d’experts appelés à témoigner sur des phénomènes systémiques ainsi que sur la teneur des lois américaines et leurs effets suffiraient. Devant la Cour fédérale, les demandeurs ont fait appel à plusieurs experts sur les lois et les pratiques américaines en matière d’immigration. Toutefois, en l’espèce, les témoignages des experts n’étayaient pas la conclusion de la Cour fédérale. Selon les experts, la détention est discrétionnaire, et non systématique, pour la plupart des personnes qui rentrent aux États-Unis (contre-interrogatoire Hughes, 3 décembre 2018, dossier d’appel, vol. 27, onglet 119, aux pages 11292 à 11293; contre-interrogatoire Witmer, dossier d’appel, vol. 33, onglet 137, aux pages 13763 à 13765; contre-interrogatoire Anker, dossier d’appel, vol. 25, onglet 109, à la page 10127; affidavit Yale-Loeher, dossier d’appel, vol. 47, onglet 185, aux pages 20142 à 20144). La loi américaine mentionnée par ces experts vient le confirmer. En outre, plusieurs experts ignoraient les pratiques américaines en matière de détention des personnes qui rentrent aux États-Unis (contre-interrogatoire Hughes, 3 décembre 2018, dossier d’appel, vol. 27, onglet 119, aux pages 11254 à 11255; contre-interrogatoire Robinson, dossier d’appel, vol. 33, onglet 141, aux pages 13907 à 13910; contre-interrogatoire Obser, dossier d’appel, vol. 32, onglet 133, aux pages 13526 et 13538; contre-interrogatoire Warden-Hertz, dossier d’appel, vol. 33, onglet 139, aux pages 13830 à 13831; contre-interrogatoire Benson, dossier d’appel, vol. 28, onglet 122, aux pages 11586 à 11587).

[140] Ce dossier, tout au plus, nous permet de dire que les personnes qui rentrent aux États-Unis risquent la détention discrétionnaire. Les demandeurs d’asile au Canada courent également ce risque (Loi, article 55). Il ressort de cette similarité de traitement que renvoyer

claimants to the United States is not against the principles of fundamental justice: *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563, at paragraphs 3–5.

[141] The evidence shows that returnees who are detained in the United States can seek release and release is often granted, either on bond or without: Witmer cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 137, pages 13762–13763 and 13766; Irizarry cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 143, pages 14130 and 14137–14142; Robinson cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 141, page 13918; Warden-Hertz cross-examination, appeal book Vol. 33, tab 139, pages 13863–13864 and 13853–13855; Hughes cross-examination, appeal book, Vol. 27, tab 119, pages 11303–11304; Yale-Loehr October 12, 2018 affidavit, appeal book, Vol. 47, tab 185, pages 20146–20147.

[142] There is also evidence that some returnees have access to counsel while in detention. One of the individual Claimants testified that her detention conditions were unacceptable as she was cold and was held in solitary confinement for a week while awaiting a tuberculosis test. She suspected that her religious dietary needs were not accommodated. However, there is no evidence that these practices are widespread or regular.

(2) *The finding that Canadian immigration officers' discretion to alleviate harsh effects is "illusory"*

[143] In the Federal Court, Canada submitted that the two provisions, paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations, do not have the effect of infringing the Charter because certain "safety valves" exist that can stop any unconstitutional effects that might arise in extreme cases. The "safety valves" it cites are described at paragraph 43, above.

des demandeurs d'asile aux États-Unis ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale (*Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563, aux paragraphes 3 à 5).

[141] La preuve révèle que les personnes détenues dans ces circonstances peuvent demander la mise en liberté, qui leur est souvent accordée, avec ou sans cautionnement (contre-interrogatoire Witmer, dossier d'appel, vol. 33, onglet 137, aux pages 13762 à 13763 et 13766; contre-interrogatoire Irizarry, dossier d'appel, vol. 33, onglet 143, aux pages 14130 et 14137 à 14142; contre-interrogatoire Robinson, dossier d'appel, vol. 33, onglet 141, à la page 13918; contre-interrogatoire Warden-Hertz, dossier d'appel, vol. 33, onglet 139, aux pages 13863 à 13864 et 13853 à 13855; contre-interrogatoire Hughes, dossier d'appel, vol. 27, onglet 119, aux pages 11303 à 11304; affidavit Yale-Loehr du 12 octobre 2018, dossier d'appel, vol. 47, onglet 185, aux pages 20146 à 20147).

[142] La preuve révèle également que certains détenus dans ces circonstances ont l'autorisation de consulter un avocat. L'une des demandresses en l'espèce a affirmé que les conditions de sa détention étaient intolérables : elle avait froid et avait été mise en isolement pendant une semaine jusqu'au résultat d'un test pour la tuberculose. Elle croyait que le régime alimentaire préconisé par sa religion n'avait pas été respecté. Or, rien ne prouve que ces pratiques sont généralisées ou fréquentes.

2) *Conclusion quant aux pouvoirs « illusoire » conférés aux agents d'immigration canadiens leur permettant, à leur discrétion, d'atténuer les effets néfastes*

[143] Devant la Cour fédérale, le Canada a affirmé que les deux dispositions, à savoir l'alinéa 101(1)(e) de la Loi et l'article 159.3 du Règlement, n'ont pas pour effet d'enfreindre la Charte, en raison de l'existence de « soupapes de sécurité » qui viennent contrer toute incidence inconstitutionnelle dans des situations extrêmes. Les « soupapes de sécurité » qu'il mentionne sont décrites au paragraphe 43 des présents motifs.



[144] The Federal Court rejected this submission on the ground that these safety valves were not “generally available” and, therefore, were “illusory”: F.C. reasons, at paragraph 130. As a matter of law, this is incorrect. It cannot be said that the safety valves are “not generally available”.

[145] The evidentiary record in this case bears this out. Some of the applicants in this case used these “safety valves” to avoid removal. The ABC and the Homs/Al-Nahass families applied immediately for judicial review of the officer’s ineligibility decision and applied for a stay of removal. Counsel advises that the Homs/Al-Nahass family has, so far, been successful in obtaining permanent resident status under section 25. In Ms. Mustefa’s case, an immigration officer told her about the ability to review her ineligibility decision.

(3) *The findings that detention conditions are cruel and unusual and cause psychological suffering*

[146] Here again, broad, system-wide inferences concerning the United States from the limited nature of the individual incidents described in the record cannot be made.

[147] As well, “cruel and unusual” has a known meaning in Canadian law. It is enshrined in section 12 of the Charter and has a high threshold. Also high is the threshold for finding that psychological suffering engages section 7 of the Charter: *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148. Neither threshold appears to have been applied.

[148] In *Kreishan*, this Court also noted (at paragraph 100) that psychological suffering is inherent in the plight of refugees fleeing their home country out of fear of persecution. Thus, one must ask whether sending refugee claimants back to the United States actually increased psychological suffering above this inherent level (at paragraph 93).

[144] La Cour fédérale a rejeté cette prétention au motif que ces soupapes de sécurité étaient « largement hors de portée » et donc « illusoires » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 130). En droit, cette conclusion est incorrecte. On ne saurait affirmer que les soupapes de sécurité sont « largement hors de portée ».

[145] C’est ce qui ressort du dossier de preuve. Certains des demandeurs en l’espèce ont eu recours à ces « soupapes de sécurité » pour se soustraire à une mesure de renvoi. La famille d’ABC et la famille Homs/Al-Nahass ont demandé sans délai le contrôle judiciaire de la conclusion d’irrecevabilité de leur demande, tirée par l’agent, et ont demandé qu’il soit sursis à leur renvoi. Selon leur avocat, la famille Homs/Al-Nahass a finalement réussi à obtenir la résidence permanente en application de l’article 25. Dans le cas de Mme Mustefa, l’agent d’immigration l’avait informée de la possibilité de faire contrôler la conclusion d’irrecevabilité.

3) *Conclusion quant au caractère cruel et inusité des conditions de détention et aux souffrances psychologiques en découlant*

[146] Il n’est pas possible non plus de tirer des inférences systémiques à cet égard. Les témoignages individuels sur les incidents sont trop limités pour le permettre.

[147] De plus, le syntagme « cruel et inusité » est défini en droit canadien. Il figure à l’article 12 de la Charte, auquel il est difficile de satisfaire. De même, il est difficile de démontrer que les souffrances psychologiques font jouer l’article 7 de la Charte (*Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299. Il ne semble pas qu’on ait satisfait à aucun de ces seuils.

[148] Dans l’arrêt *Kreishan*, la Cour fait également remarquer, au paragraphe 100, que les souffrances psychologiques sont le lot des réfugiés contraints de fuir leur pays d’origine par crainte de persécution. En conséquence, il faut se demander si le renvoi d’un demandeur d’asile aux États-Unis a bel et bien pour effet d’aggraver ses souffrances psychologiques (au paragraphe 93).

[149] It is unclear whether all of the expert evidence on this point was critically assessed. Much relied upon media reports: appeal book, at pages 7250, 7412, 7456, 7460, 7895, 7900, 8414, 8419, 9531, 9831, 10017, 12861, 13278, 13281, 13285, 13290, 13299, 13321, 13325, 13331, 13337, 13341, 13344, 13382, 13472, 13480, 13484, 14410, 14415, 14510, 14572, and many others (full citations not included for brevity). For its part, Canada also added many media reports to the record: see appeal book, Vol. 43, tab 182 and the exhibits therein.

[150] On this practice, a note of caution needs to be sounded. Media reports often have to be relied upon in immigration matters in the absence of better evidence regarding country conditions. But here the media reports are being used to prove conditions in the United States in support of a Charter claim with serious ramifications where other, better types of evidence are readily available. In the context of this case, media reports are out of court descriptions of incidents by persons who often did not witness the incidents, reporting on what others observed or experienced. Thus, they are hearsay upon hearsay and sometimes even hearsay beyond that, often mixed with inadmissible lay opinion: Lederman, Bryant and Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. (Toronto: LexisNexis Canada Inc., 2018), at page 249. All the dangers of admitting this sort of evidence—inaccuracy, partiality and lack of opportunity for it to be tested and assessed—are present: Sopinka, at pages 250–256. Charter cases with wide implications should not depend on what one finds in a newspaper.

#### (4) *The principles of fundamental justice*

[151] A court must properly identify and define the principles of fundamental justice relevant to the case before it: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, (1999), 174 D.L.R. (4th) 111, at paragraph 38. And the principles must be applied with due regard to the context of the case: see *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 20. This is particularly important in cases that involve removal to a foreign

[149] Il ne va pas de soi que toute la preuve d'expert a été soumise à une analyse critique. Elle était en grande partie constituée d'articles de presse (dossier d'appel, aux pages 7250, 7412, 7456, 7460, 7895, 7900, 8414, 8419, 9531, 9831, 10017, 12861, 13278, 13281, 13285, 13290, 13299, 13321, 13325, 13331, 13337, 13341, 13344, 13382, 13472, 13480, 13484, 14410, 14415, 14510, 14572 et bien d'autres (renvois complets omis par souci de concision)). Le Canada a également versé nombre d'articles de presse au dossier (voir dossier d'appel, vol. 43, onglet 182 et les pièces qui y sont incluses).

[150] À cet égard, une mise en garde s'impose. Dans les affaires d'immigration, il faut souvent se contenter d'articles de presse, faute de meilleurs éléments de preuve au sujet des conditions qui règnent dans un pays en question. Or, en l'espèce — un recours fondé sur la Charte qui est susceptible d'avoir des répercussions graves — les articles de presse servent à démontrer les conditions aux États-Unis alors qu'il existe de meilleures sources de preuve. Dans la présente affaire, les articles de presse relatent les déclarations extrajudiciaires de gens qui, souvent, n'ont pas été eux-mêmes témoins des faits, décrivant les incidents ou les expériences d'autrui. Il s'agit donc de ouï-dire au deuxième degré ou plus, souvent teinté d'opinions inadmissibles de non-juristes (Lederman, Bryant et Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto : LexisNexis Canada Inc., 2018, à la page 249). Tous les dangers inhérents à ce genre de preuve — inexactitude, partialité et impossibilité de soumettre les auteurs au contre-interrogatoire — sont réunis (Sopinka, aux pages 250 à 256). Les recours fondés sur la Charte susceptibles d'avoir des répercussions de grande envergure ne devraient pas être tranchés sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux.

#### 4) *Principes de justice fondamentale*

[151] Il importe que le tribunal circoncrive bien les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans l'affaire dont il est saisi (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, 1999 CanLII 689, au paragraphe 38). L'application de ces principes dépend du contexte (voir *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 20). C'est tout particulièrement important dans les cas où il est question d'un renvoi

country: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at paragraph 68.

[152] The Claimants submit that the relevant principles of fundamental justice are that the effects of laws should not be overbroad or grossly disproportionate to their purposes: *Bedford*, above. The Federal Court accepted that submission.

[153] But the effects, said to be overbroad and grossly disproportionate, are carried out in the United States, by United States officials, under United States law. For that to count under Canadian law, the actions of United States officials had to have sufficient causal connection to Canadian actions such that the effects in the United States were an “entirely foreseeable consequence” of Canadian state action: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 54. All that the Federal Court said here was that (at paragraph 94) there were “related harms”. That falls short of the necessary threshold.

[154] The plain text of section 32 of the Charter provides that the Charter applies only to the “Parliament and government of Canada” and to the “legislature and government of each province”, i.e., Canadian state action: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174. Nor does the Charter allow courts to weigh in on the policy of other States and decide if it passes constitutional muster: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, (1987), 39 D.L.R. (4th) 18, at pages 522–524 S.C.R.; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, (1991), 84 D.L.R. (4th) 438, at pages 845–846 S.C.R.

[155] The Supreme Court has repeatedly emphasized that Canadian courts cannot apply Canadian constitutional standards to foreign legal systems and administrations as if they were Canadian:

- A court may not apply paragraph 11(h) of the Charter to foreign trials: *Schmidt*, at page 523 S.C.R. This is true even when the government of Canada has extradited that individual to be tried in the foreign system.

à l'étranger (*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, au paragraphe 68).

[152] De l'avis des demandeurs, suivant les principes de justice fondamentale applicables en l'espèce, l'effet de lois ne saurait être totalement disproportionné ou de portée excessive par rapport à leur objet (*Bedford*). La Cour fédérale a accepté cette prétention.

[153] Or, les effets — qu'on dit de portée excessive et totalement disproportionnés — sont produits en sol américain, par des agents américains, sous le régime de lois américaines. Pour tomber sous le coup des lois canadiennes, il faudrait que les actes des agents américains aient un lien de causalité suffisant avec les actes du Canada, de sorte que leur effet aux États-Unis soit « une conséquence parfaitement prévisible » d'actes de l'État canadien (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 54). La Cour fédérale en l'espèce mentionne seulement l'existence de « préjudices connexes » (au paragraphe 94). Ce n'est pas suffisant, tant s'en faut.

[154] Aux termes de l'article 32 de la Charte, suivant leur sens ordinaire, elle s'applique seulement « au Parlement et au gouvernement du Canada » ainsi qu'à « la législature et au gouvernement de chaque province », c'est-à-dire à un acte de l'État canadien (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 1986 CanLII 5). La Charte ne permet pas non plus aux tribunaux d'évaluer les politiques d'autres États pour décider si elles sont constitutionnelles (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, aux pages 522 à 524, 1987 CanLII 48; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, aux pages 845 à 846, 1991 CanLII 78).

[155] La Cour suprême a rappelé à plusieurs reprises qu'il n'est pas loisible aux tribunaux canadiens d'appliquer des normes constitutionnelles canadiennes au cadre juridique et à l'administration d'autres États comme s'il s'agissait d'institutions canadiennes :

- Le tribunal ne saurait appliquer l'alinéa 11h) de la Charte à des procès instruits à l'étranger (*Schmidt* (C.S.C.), à la page 523), et ce même si le Canada a extradé l'inculpé.

- Section 8 of the Charter does not apply to a Canadian letter of request addressed to a foreign government for production of an individual's documents: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, (1988), 158 D.L.R. (4th) 577, at paragraph 31.
- L'article 8 de la Charte ne s'applique pas à une lettre adressée par le Canada à un gouvernement étranger en vue d'obtenir la transmission de documents concernant une personne (*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 1998 CanLII 828, au paragraphe 31).
- Paragraph 10(b) of the Charter does not apply to questioning by foreign state authorities concerning a person's immigration status and the circumstances of an offence committed by that person's boyfriend: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98. In this case (at paragraph 12), United States immigration officials and law enforcement officers could "in no way be considered as acting on behalf of" Canadian officials or governments.
- L'alinéa 10b) de la Charte ne s'applique pas aux questions, par les autorités d'un pays étranger, sur la situation d'une personne relative à l'immigration et sur les circonstances entourant la perpétration d'une infraction par son petit ami (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 1995 CanLII 70). Dans cette affaire, les autorités d'immigration et les forces de l'ordre américaines ne pouvaient « d'aucune façon être considérées comme ayant agi pour le compte » des représentants ou de l'État canadiens (au paragraphe 12).
- The Charter does not apply to the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis: *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, (1996), 135 D.L.R. (4th) 214, at paragraph 19.
- La Charte ne s'applique pas aux actes de policiers étrangers qui collaborent avec des agents de police canadiens de manière informelle (*R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, 1996 CanLII 199, au paragraphe 19).
- Section 12 of the Charter does not apply to punishment someone might receive in a foreign state: *Reference Re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858, (1991), 84 D.L.R. (4th) 498; *Kindler*, at page 847 S.C.R.
- L'article 12 de la Charte ne s'applique pas aux châtimements susceptibles d'être infligés par un État étranger (*Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858, 1991 CanLII 79; *Kindler*, à la page 847).
- The Supreme Court has upheld extradition orders to face charges under foreign law with minimum sentences that would be unconstitutional in Canada: *United States of America v. Jamieson*, [1996] 1 S.C.R. 465, (1996), 197 N.R. 1; *United States v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467, (1996), 132 D.L.R. (4th) 575; *United States v. Ross*, [1996] 1 S.C.R. 469, (1996), 132 D.L.R. (4th) 383.
- La Cour suprême a confirmé des ordonnances d'extradition visant des inculpés susceptibles d'écoper à l'étranger de peines minimales qui seraient inconstitutionnelles au Canada (*États-Unis d'Amérique c. Jamieson*, [1996] 1 R.C.S. 465, 1996 CanLII 224; *États-Unis d'Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467, 1996 CanLII 225; *États-Unis d'Amérique c. Ross*, [1996] 1 R.C.S. 469, 1996 CanLII 226).

[156] These holdings of the Supreme Court are also supported by the fundamental principles of state sovereignty and international comity, which themselves likely inform the content of the principles of fundamental justice: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, (1998), 164 D.L.R. (4th) 1,

[156] Ces enseignements de la Cour suprême sont également sous-tendus par les principes fondamentaux que sont la souveraineté des États et la courtoisie internationale, qui se répercutent vraisemblablement sur la teneur des principes de justice fondamentale (*R. c. Cook*, [1998]

at paragraphs 26, 39 and 44; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraphs 33–56; *Terry*.

[157] The Federal Court was correct to note that Canada may not “avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else’s hand”: reasons of the Federal Court, at paragraph 100, citing *Suresh*. But this does not allow Canadian courts to assess the substance of United States law and practice through the domestic doctrines of overbreadth and gross disproportionality.

[158] The relevant Canadian state action in this case is the removal of individuals to the United States where they will face treatment under the United States legal system and administration. In such circumstances, Canadian courts will respond to the removal of individuals to foreign legal systems and administrations only where they will suffer effects that are so deplorable they “shock the conscience” of Canadians: *Kindler*, at pages 847–849; *Burns*, at paragraphs 66–69; *Suresh*, at paragraphs 27, 49 and 56; *Barnaby*, at paragraph 2; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at paragraph 44.

[159] Whether something shocks the conscience of Canadians is determined by considering Canadian legal norms, the practices of other democratic countries, and relevant international law: *Burns*, at paragraphs 76–84. “Shocks the conscience” is a high threshold. It covers extreme things such as torture, stoning, mutilation or the death penalty: *Burns*, at paragraphs 8 and 69; *Suresh*, at paragraphs 77–78. The threshold is so high that before 2001 the Supreme Court ruled that even the death penalty did not shock the conscience: *Kindler*; *Ng*.

[160] The meaning of “shocks the conscience” can also be understood by appreciating what it does not include. Removal to face criminal charges where “the system for the administration of justice in that country” is “substantially different from ours with different checks and balances” does not shock the conscience: *Schmidt*, at

2 R.C.S. 597, 1998 CanLII 802, aux paragraphes 26, 39 et 44; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, aux paragraphes 33 à 56; *Terry*).

[157] Certes, la Cour fédérale n’avait pas tort de signaler que le Canada « ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l’atteinte serait le fait d’autrui » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 100, citant l’arrêt *Suresh*). Or, rappelons qu’il n’est pas permis aux tribunaux canadiens d’évaluer la teneur des lois et des pratiques américaines en les passant au crible des doctrines canadiennes de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés.

[158] En l’espèce, l’acte de l’État canadien correspond au renvoi de personnes aux États-Unis où elles seront assujetties au système juridique et à l’administration de ce pays. Les tribunaux canadiens n’interviennent alors que si elles subiront un traitement si déplorable qu’il « choque la conscience » de la population canadienne (*Kindler*, aux pages 847 à 849; *Burns*, aux paragraphes 66 à 69; *Suresh*, aux paragraphes 27, 49 et 56; *Barnaby*, au paragraphe 2; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, au paragraphe 44).

[159] Ce qui « choque la conscience » de la population canadienne s’évalue à la lumière des normes juridiques canadiennes, des pratiques d’autres pays démocratiques et du droit international pertinent (*Burns*, aux paragraphes 76 à 84). C’est un critère exigeant, qui fait intervenir les actes extrêmes, comme la torture, la lapidation, la mutilation ou la peine capitale (*Burns*, aux paragraphes 8 et 69; *Suresh*, aux paragraphes 77 à 78). Le critère est si exigeant que la Cour suprême, avant 2001, avait conclu que même la peine capitale ne choquait pas la conscience (*Kindler*; *Ng*).

[160] On peut également déterminer ce qui « choque la conscience » en évaluant ce qui n’est pas visé par ce critère. Le renvoi pour cause d’inculpation criminelle dans un pays dont le « système judiciaire » « diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents » ne choque pas la conscience (*Schmidt* (C.S.C.), aux



pages 522-523 S.C.R. And removal to face foreign legal proceedings that are not substantially different from what could occur in Canada does not shock the conscience: *Barnaby*.

[161] In this case, there was no evidence that could support a finding that the treatment of returnees to the United States at the Canada-United States border “shocks the conscience”. There is evidence of individual cases of substandard treatment but nothing that rises to the very high level required by the “shocks the conscience” standard.

(5) *The interpretation and application of overbreadth and gross disproportionality*

[162] Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations are not contrary to the doctrines of overbreadth or gross disproportionality. When these doctrines are applied properly—i.e., applied only to Canadian state action and effects caused by that state action—there is a rational connection between the law’s objectives and its effects and the effects are not so severe that they are not justified by the objective.

[163] A law is unconstitutionally overbroad if the means it employs prohibits or regulates conduct that has no relation whatsoever to the law’s purpose: *Bedford*, at paragraph 101; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, (1994), 120 D.L.R. (4th) 348. To be unconstitutionally overbroad, there must be no rational connection between the purpose of the law and some of its impacts: *Bedford*, at paragraphs 112, 117 and 119. This is a high standard to meet: *Bedford*, at paragraph 119.

[164] The objective of the law in this case is the sharing of responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record: *Canadian Council for Refugees*, at paragraph 75.

pages 522 à 523). De même, le renvoi à l’étranger d’une personne aux fins d’une poursuite judiciaire qui ne diffère pas sensiblement d’une instance intentée au Canada ne choque pas la conscience (*Barnaby*).

[161] En l’espèce, rien ne démontre que le traitement des personnes renvoyées aux États-Unis depuis la frontière canado-américaine « choque la conscience ». Le dossier comporte des éléments relatant des traitements inférieurs aux normes, mais rien qui « choque la conscience », un critère très exigeant.

5) *Portée excessive et effets exagérément disproportionnés – interprétation et application*

[162] L’alinéa 101(1)e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ne sont pas contraires aux doctrines de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés. Dans les cas où elles sont appliquées à bon droit — c’est-à-dire à un acte de l’État canadien et aux effets de cet acte — elles révèlent un lien rationnel entre l’objet de la loi et ses effets. En outre, ces derniers ne sont pas graves au point de ne pas se justifier au regard de l’objet de la loi.

[163] Une loi est inconstitutionnelle pour cause de portée excessive si une disposition interdit ou régit un comportement sans aucun lien avec son objet (*Bedford*, au paragraphe 101; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 1994 CanLII 34). Il ne doit exister aucun lien rationnel entre l’objet de la loi et certains de ses effets (*Bedford*, aux paragraphes 112, 117 et 119). Il s’agit d’un critère exigeant (*Bedford*, au paragraphe 119).

[164] En l’espèce, la loi vise le partage de la responsabilité à l’égard de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui se conforment aux dispositions pertinentes des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de protection des droits de la personne (*Conseil canadien pour les réfugiés*, au paragraphe 75).



[165] In this case, Canada's objective is achieved by making, with some exceptions, claimants arriving in Canada at a regular land border with the United States ineligible to claim refugee protection in Canada. As a result, claimants will very often, but not always, be returned to the United States where they face a risk of detention. The question is whether ineligibility to make a refugee claim and the associated risk of detention for certain individuals arriving from the United States captures some conduct that bears no rational connection to the government's objectives.

[166] The rational connection is evident. Parliament sought to share responsibility for the consideration of refugee claims with the United States, a country that (at least in the eyes of the Canadian government) has signed and complies with the relevant Conventions and has an acceptable human rights record. It chose to do so by denying refugee claimants arriving from the United States access to the Refugee Protection Division. As the law denies individuals access based on the fact they have arrived from the United States, it bears a rational connection to the objective. The fact that some returned to the United States may be detained while making their claim there does not erode this connection.

[167] A law is grossly disproportionate if the means chosen to fix a problem have such a deleterious impact on an individual that they cannot be justified by the importance of fixing the problem. An example is a law that imposes life imprisonment for littering on the streets. The Supreme Court has said, keeping the streets clean is not important enough to justify imposing life imprisonment: *Bedford*, at paragraph 120. As this doctrine requires courts to interfere with the weighing process of Parliament, it has been limited to only extreme cases: *Bedford*, at paragraph 120.

[168] In this case, the means chosen, ineligibility to the Refugee Protection Division for refugee claimants arriving from the United States, is not disproportionate

[165] En l'espèce, le Canada atteint son objectif en statuant que les demandes d'asile des personnes qui se présentent à un point d'entrée régulier sur la frontière canado-américaine sont irrecevables, sauf dans certains cas. Ainsi, les demandeurs sont renvoyés aux États-Unis dans la plupart des cas, où ils risquent la détention. La question est celle de savoir si l'irrecevabilité de la demande d'asile et le risque de détention qui en découle pour certaines personnes qui entrent au Canada en provenance des États-Unis sont des comportements qui n'ont aucun lien rationnel avec l'objectif de l'État.

[166] Le lien rationnel est apparent. Le législateur voulait partager la responsabilité à l'égard de l'examen des demandes d'asile avec les États-Unis, un pays (du moins de l'avis de l'État canadien) signataire des Conventions en la matière, qui en applique les dispositions et a des antécédents acceptables quant à la protection des droits de la personne. Pour ce faire, il a opté pour une mesure par laquelle il refuse aux demandeurs d'asile en provenance des États-Unis la possibilité d'avoir recours à la Section de la protection des réfugiés. Comme la législation prive des personnes de ce recours si elles arrivent des États-Unis, elle a un lien rationnel avec l'objectif. Le fait que certaines personnes qui sont renvoyées aux États-Unis risquent la détention pendant l'examen de leur demande d'asile par les autorités américaines n'érode en rien ce lien.

[167] Une loi est exagérément disproportionnée si la mesure choisie pour remédier à un problème a des effets si néfastes qu'ils ne sauraient être justifiés par la nécessité de trouver une solution à ce problème. Prenons l'exemple d'une loi qui inflige une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque jette des débris dans la rue. Selon la Cour suprême, l'objet qui consiste à assurer la propreté des rues n'est pas important au point de justifier une telle peine (*Bedford*, au paragraphe 120). Comme cette règle invite les tribunaux à modifier la mise en balance à laquelle le législateur a procédé, elle ne s'applique que dans les cas extrêmes (*Bedford*, au paragraphe 120).

[168] En l'espèce, la mesure — la conclusion d'irrecevabilité de la demande d'asile pour examen par la Section de la protection des réfugiés présentée par ceux

with the objective of sharing responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record.

E. The issues arising under section 15 of the Charter

[169] For the benefit of future cases, a few words on the Claimants' challenge under section 15 of the Charter are warranted.

[170] The Federal Court found it unnecessary to deal with section 15. As a result, it made no factual findings relevant to the section 15 challenge.

[171] The Claimants submit that the Federal Court judge was obligated to deal with the section 15 challenge. I disagree. A Court has a discretion whether or not to deal with issues unnecessary to the outcome of the case: see, e.g., *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143, at paragraphs 65–66 and 68; *Defence Construction Canada v. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 FCA 133, [2018] 2 F.C.R. 269, at paragraphs 47–52.

[172] This applies to issues arising under section 15. Section 15 does not enjoy “superior status in a ‘hierarchy’ of rights”: *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238, at paragraph 26. The Supreme Court has repeatedly rejected the notion that the Charter contains a hierarchy of rights or that one right should be regarded as inherently superior to another: *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at paragraph 50; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12, at page 877 S.C.R.; *Mills*, at paragraph 61; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, (1995), 96 C.C.C. (3d) 481, at paragraphs 34–35.

[173] Had it been necessary for this Court to decide the section 15 issues, it would have had to assess whether it should determine the issues itself or send them back to

qui arrivent au Canada depuis les États-Unis — n’a pas d’effet disproportionné par rapport à l’objectif qui consiste à partager la responsabilité de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui appliquent les dispositions pertinentes des Conventions et ont des antécédents acceptables en matière de protection des droits de la personne.

E. Questions relatives à l’article 15 de la Charte

[169] Pour la gouverne d’instances futures, quelques remarques s’imposent sur le recours des demandeurs fondé sur l’article 15 de la Charte.

[170] La Cour fédérale était d’avis qu’il n’était pas nécessaire de traiter des arguments concernant l’article 15. Ainsi, elle n’a tiré aucune conclusion de fait à cet égard.

[171] Selon les demandeurs, la juge de la Cour fédérale devait aborder les questions relatives à l’article 15. Je ne suis pas de cet avis. Le tribunal peut, à sa discrétion, examiner ou non les questions qui ne sont pas déterminantes dans l’instance (voir, p. ex., *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143, aux paragraphes 65 à 66 et 68; *Construction de défense Canada c. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 CAF 133, [2018] 2 R.C.F. 269, aux paragraphes 47 à 52).

[172] C’est le cas des questions fondées sur l’article 15 de la Charte. Ce dernier ne jouit pas d’« un statut supérieur dans une prétendue “hiérarchie de droits” » (*Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238, au paragraphe 26). La Cour suprême a rejeté à plusieurs reprises la thèse selon laquelle la Charte prévoit une hiérarchie de droits ou celle voulant qu’un droit soit intrinsèquement supérieur à un autre (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, au paragraphe 50; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la page 877, 1994 CanLII 39; *Mills*, au paragraphe 61; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 1995 CanLII 138, aux paragraphes 34 à 35.)

[173] S’il avait été nécessaire de trancher les questions relatives à l’article 15, il aurait fallu décider s’il y avait lieu pour notre Cour de les trancher ou s’il fallait les

the Federal Court to determine. Where, as here, no factual findings have been made on the section 15 issues, it is generally best for us to send the matter back to the Federal Court because of its expertise in fact-finding: *Sandhu Singh Hamdard Trust v. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 FCA 295, 169 C.P.R. (4th) 325, at paragraph 60; *Canada v. Piot*, 2019 FCA 53, 437 D.L.R. (4th) 706, at paragraph 114; *Pfizer Canada Inc.*, above at paragraphs 153–159. This is especially so here: the Federal Court expressed concern (at paragraphs 36–45) about some of the evidence tendered in support of the section 15 claim that might affect its weight.

[174] In commenting on section 15 of the Charter, I do not minimize its importance when assessing conduct under this legislative scheme. Nor do I minimize the importance of any other Charter rights or freedoms, the Refugee Convention and the Convention Against Torture under this legislative scheme. Far from it. “Anxious scrutiny” in this area is called for: *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, at page 941 A.C.

#### F. Ultra vires

[175] Regulations, as subordinate legislation, must be authorized by and be within the limits of a statute. When they are not, they are said to be *ultra vires* or beyond the power of those who made them.

[176] The Claimants submit that section 159.3 of the Regulations is *ultra vires*. They maintain that the Regulations were not authorized by the Act at the time of enactment. They also maintain that, over time, the Regulations were no longer authorized by the Act because the factors under subsection 102(2) of the Act no longer supported the designation of the United States as a safe country.

[177] This submission has no merit. This Court’s decision in 2008 in *Canadian Council for Refugees* rejected

renvoyer à la Cour fédérale. Dans les cas où, comme en l’espèce, aucune conclusion de fait n’a été tirée à l’égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits (*Sandhu Singh Hamdard Trust c. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 CAF 295, au paragraphe 60; *Canada c. Piot*, 2019 CAF 53, au paragraphe 114; *Pfizer Canada Inc.*, aux paragraphes 153 à 159). C’est tout particulièrement le cas en l’espèce : la Cour fédérale a exprimé des réserves (aux paragraphes 36 à 45) à propos de certains éléments produits à l’appui des arguments fondés sur l’article 15. Ces réserves sont susceptibles de jouer sur la pondération des éléments.

[174] Dans mes remarques sur l’article 15 de la Charte, je ne minimise pas la protection qu’il garantit dans l’évaluation des actes accomplis sous le régime légal. Je ne minimise non plus aucun des droits et libertés garantis par la Charte, ni la Convention sur les réfugiés ou la Convention contre la torture tombant dans le cadre du régime légal, loin de là. La situation appelle un [TRANSLATION] « examen soucieux » (*R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, à la page 941 A.C.).

#### F. Légalité de la désignation

[175] Les règlements, en tant que mesures législatives subordonnées, doivent être autorisés par leur loi habilitante et respecter le champ d’application de cette dernière. Si ce n’est pas le cas, ils sont *ultra vires*, c’est-à-dire qu’ils outrepassent les pouvoirs conférés à ceux qui les ont créés.

[176] Selon les demandeurs, c’est le cas de l’article 159.3 du Règlement. Ils prétendent que le Règlement n’était pas autorisé par la Loi au moment où il a été pris. Ils affirment également que le Règlement a fini par n’être plus autorisé par la Loi, car les facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi ne soutenaient plus la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr.

[177] Cet argument est dépourvu de fondement. La Cour l’a rejeté en 2008 dans l’arrêt *Conseil canadien*

it. No later cases from the Supreme Court have cast doubt on its conclusion. Thus, this Court is bound by it.

[178] In *Canadian Council for Refugees*, this Court held that the issue is “to identify the conditions precedent to the [Governor in Council’s] exercise of its delegated authority [to designate the United States] and determine whether these conditions were satisfied at the time of promulgation” (at paragraph 64). This Court held that:

- the conditions precedent were the four factors in subsection 102(2) of the Act (at paragraphs 66, 75 and 78);
- the delegated authority was set out in paragraph 101(1)(e) of the Act (at paragraph 72); and
- the time of promulgation, “the last relevant date for the assessment of the *vires* issue”, was December 29, 2004; the assessment cannot be made “on the basis of facts, events or developments that are subsequent to the date of the promulgation” (at paragraph 89).

Based on these considerations, this Court concluded that the Governor in Council had the power to designate the United States a safe third country under section 159.3 of the Regulations.

[179] The Claimants submit that the designation of the United States became *ultra vires* because it was no longer supported by the subsection 102(2) factors. This overlooks that the assessment of *ultra vires* is done at the time of the designation: *Canadian Council of Refugees*, at paragraph 89. It also overlooks the law on the books expressed in this legislative regime. The subsection 102(3) reviews and related administrative conduct is the mechanism by which the continuing compliance of the designation against the subsection 102(2) factors is assessed. The Claimants’ submission on the *vires* issue falls to be considered as part of a judicial review brought against the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

*pour les réfugiés*. Aucun arrêt ultérieur de la Cour suprême n’est venu semer le doute sur la conclusion tirée par la Cour. Par conséquent, il lie notre Cour.

[178] Dans l’arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés*, notre Cour estime qu’il faut « déterminer les conditions préalables à l’exercice, par le [gouverneur en conseil], du pouvoir [de désigner les États-Unis] qui lui est délégué et décider si ces conditions étaient remplies lorsque le Règlement a été pris » (au paragraphe 64). Elle tire les conclusions suivantes :

- les conditions préalables sont constituées des quatre facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi (aux paragraphes 66, 75 et 78);
- le pouvoir délégué est énoncé à l’alinéa 101(1)e) de la Loi (au paragraphe 72);
- la date de la prise du Règlement, « la dernière date pertinente en ce qui a trait à l’évaluation de la question de légalité », est le 29 décembre 2004; l’évaluation ne saurait reposer « sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement » (au paragraphe 89).

À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le gouverneur en conseil était habilité à désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr conformément à l’article 159.3 du Règlement.

[179] Selon les demandeurs, la désignation des États-Unis outrepassé les pouvoirs conférés, car elle n’est plus soutenue par les facteurs énoncés au paragraphe 102(2). Cette prétention fait fi du fait que l’évaluation de la légalité est effectuée au moment de la désignation (*Conseil canadien pour les réfugiés*, au paragraphe 89). Elle fait également fi des règles de droit qui sont exprimées dans ce régime légal. Les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes constituent le moyen d’assurer le suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2). La prétention des demandeurs portant sur la légalité de la désignation relève d’un contrôle judiciaire visant les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

G. Proposed disposition

[180] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment dated July 22, 2020 of the Federal Court in files IMM-775-17, IMM-2229-17 and IMM-2977-17, and, giving the judgment the Federal Court ought to have given, I would dismiss the applications for judicial review. I would dismiss the cross-appeal. As this is a matter arising under the Act and there are no special circumstances supporting an award of costs, I would make no award of costs.

NOËL C.J.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

G. Dispositif proposé

[180] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement rendu par la Cour fédérale le 22 juillet 2020 dans les dossiers IMM-775-17, IMM-2229-17 et IMM-2977-17, et, rendant le jugement qui aurait dû émaner de la Cour fédérale, je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire. Je rejetterais l'appel incident. Comme la question soulevée en l'espèce relève de la Loi et qu'il n'existe pas de circonstances spéciales justifiant l'adjudication de dépens, je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens.

LE JUGE EN CHEF NOËL : Je suis d'accord.

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

T-783-20  
2021 FC 378

T-783-20  
2021 CF 378

**Paul Abou Nassar (*Applicant*)**

**Paul Abou Nassar (*demandeur*)**

v.

c.

**Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)**

**Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)**

**INDEXED AS: NASSAR v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : NASSAR c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Norris J.—Ottawa and Toronto (by videoconference), January 18; Ottawa, April 19, 2021.

Cour fédérale, juge Norris—Ottawa et Toronto (par vidéoconférence), 18 janvier; Ottawa, 19 avril 2021.

*Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — NEXUS membership — Judicial review of decision by senior program advisor (advisor) with Canada Border Services Agency's (CBSA) Recourse Directorate concluding that applicant had contravened Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act (Act), upholding cancellation of applicant's NEXUS membership — Applicant intercepted by CBSA officer while waiting to board flight — Found in possession of more than CAD \$10,000.00 — Funds seized under Act — Balance of funds returned after applicable penalty paid — Officer also seizing applicant's NEXUS card — CBSA cancelling applicant's NEXUS membership as applicant no longer satisfying "eligibility criteria" of program — Advisor indicating, inter alia, that applicant had contravened Act even if error occurred without any intent to mislead or deceive CBSA — Explaining that when defining term "good character", applicants assessed as to whether they pose risk to integrity of CBSA's trusted traveller programs — Upholding cancellation of applicant's NEXUS membership — Applicant submitting no reasonable basis for advisor to uphold cancellation given that he accepted that applicant made honest mistake in failing to report currency — Whether decision unreasonable — Advisor's decision unreasonable — Term "of good character" not defined in Presentation of Persons (2003) Regulations — Good character determination involving evaluation of many factors related to whether CBSA can have requisite confidence in the person or not — Simply having contravened law not sufficient in and of itself to demonstrate that a person not of good character — That was fundamental flaw in advisor's decision — Advisor not explaining why he lost confidence in applicant — Several factors relevant in assessing seriousness of contravention, risk of non-compliance in future — Incumbent on advisor to explain why contravention justified cancellation of applicant's NEXUS membership — Link drawn between contravention, question of applicant's character not supported by any analysis — Advisor's failure to meaningfully*

*Douanes et Accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Adhésion à NEXUS — Contrôle judiciaire de la décision d'un conseiller principal en matière de programmes (conseiller) de la Direction des recours de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui a conclu que le demandeur avait contrevenu à la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes (Loi), et a maintenu l'annulation de son adhésion au programme NEXUS — Le demandeur était en attente d'un vol lorsqu'il a été abordé par un agent de l'ASFC — Ce dernier a conclu qu'il était en possession de plus de 10 000 \$ CAN — L'argent a été saisi en vertu de la Loi — Le reste a été restitué après le paiement de la pénalité applicable — L'agent a aussi confisqué la carte NEXUS du demandeur — L'ASFC a annulé l'adhésion du demandeur à NEXUS au motif qu'il ne satisfaisait plus aux « critères d'admissibilité » de ce programme — Le conseiller a expliqué notamment que le demandeur avait contrevenu à la Loi, même s'il s'agissait d'une erreur commise hors de toute intention d'induire en erreur ou de tromper l'ASFC — Il a expliqué que, selon la définition du terme « bonne réputation », les demandeurs font l'objet d'une évaluation quant au risque qu'ils peuvent présenter pour l'intégrité des programmes des voyageurs dignes de confiance de l'ASFC — Il a maintenu l'annulation de l'adhésion du demandeur à NEXUS — Le demandeur a fait valoir que le conseiller n'avait aucun motif raisonnable de maintenir l'annulation, puisqu'il a admis que le demandeur avait commis une erreur de bonne foi en ne déclarant pas les espèces — Il s'agissait de savoir si la décision était déraisonnable — La décision du conseiller était déraisonnable — L'expression « jouit d'une bonne réputation » n'est pas définie dans le Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane — Un jugement quant à la bonne réputation emporte une évaluation des nombreux facteurs susceptibles d'influer sur la confiance que peut avoir*



*grapple with this issue calling into question whether advisor actually alert, sensitive to matter before him — Decision lacking transparency, intelligibility, justification — Case synopsis, draft reasons for decision not supporting reasonableness of decision — Advisor had to provide at least some explanation of how he linked applicant's past behaviour to his future behaviour through assessment of his character — Application allowed.*

*ou non l'ASFC envers une personne — Une contravention à une loi ne suffit pas en soi à démontrer que quelqu'un ne jouit pas d'une bonne réputation — Il s'agissait du défaut fondamental de la décision du conseiller — Le conseiller n'a pas expliqué pourquoi il avait perdu confiance dans le demandeur — Plusieurs facteurs doivent être pris en considération dans l'appréciation de la gravité d'une contravention et du risque de non-conformité à l'avenir — Il incombe au conseiller de dire pourquoi la contravention justifiait l'annulation de l'adhésion du demandeur au programme NEXUS — Le lien qu'il a établi entre la contravention et la réputation du demandeur ne reposait sur aucun élément d'analyse — Le défaut du conseiller de s'attarder de façon significative à la question a exhorté la Cour à se demander s'il a été effectivement attentif et sensible à l'affaire dont il était saisi — La décision manquait de transparence, d'intelligibilité et de justification — Le résumé de cas et l'ébauche de motifs de décision n'attestaient pas du caractère raisonnable de la décision — Le conseiller devait au moins fournir une certaine explication du lien qu'il établissait entre le comportement passé et le comportement futur du demandeur dans l'évaluation de sa réputation — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of the decision by a senior program advisor (advisor) with the Canada Border Services Agency's (CBSA) Recourse Directorate concluding that the applicant had contravened the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* (Act), and upholding the cancellation of the applicant's NEXUS<sup>1</sup> membership.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un conseiller principal en matière de programmes (conseiller) de la Direction des recours de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui a conclu que le demandeur avait contrevenu à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (Loi), et a maintenu l'annulation de son adhésion au programme NEXUS<sup>1</sup>.

The applicant was waiting to board a flight from Trudeau International Airport when he was approached by an officer assigned to the CBSA's Cross-Border Currency Reporting team. The officer found that the value of the currency in the applicant's possession was CAD \$12,285.73. Because the applicant was required to report the funds to the CBSA in a prescribed manner and had not done so, the officer seized the funds under subsection 18(1) of the Act. In the absence of any grounds to suspect that the funds were the proceeds of crime or would be used to finance terrorist activities, and after the applicant agreed to pay the applicable penalty of \$250, the officer returned the balance of the funds to him. The officer also seized the applicant's NEXUS card. The only material requirement that one must meet to become a NEXUS member is to be "of good character". The CBSA issued a form letter to the applicant informing him that his NEXUS membership had been cancelled as the applicant no longer satisfied the "eligibility criteria" of the program because he had "contravened customs and/or

Le demandeur était en attente d'un vol à l'aéroport international Trudeau lorsqu'il a été abordé par un agent affecté à l'équipe de déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces de l'ASFC. L'agent a conclu que les espèces que le demandeur avait en sa possession s'élevaient à 12 285,73 \$. Comme le demandeur était tenu de déclarer les fonds à l'ASFC de la manière prescrite et comme il ne l'avait pas fait, l'agent a saisi l'argent en vertu du paragraphe 18(1) de la Loi. Après que le demandeur eut accepté de payer la pénalité applicable de 250 \$, l'agent a restitué le reste de la somme au demandeur, n'ayant pas de motifs de soupçonner qu'il s'agissait là de produits de la criminalité ou d'une somme destinée au financement d'activités terroristes. L'agent a aussi confisqué la carte NEXUS du demandeur. Le seul critère d'admissibilité au programme NEXUS est l'obligation de jouir d'une « bonne réputation ». L'ASFC a envoyé au demandeur une lettre type l'informant que son adhésion à NEXUS avait été annulée au motif qu'il ne satisfaisait plus aux « critères d'admissibilité »

<sup>1</sup> The NEXUS program is a joint Canada-United States program for pre-approved, low-risk travellers entering Canada or the United States at designated air, land and marine ports of entry.

<sup>1</sup> NEXUS est un programme canado-américain qui vise les voyageurs préautorisés et à faible risque qui entrent au Canada ou aux États-Unis aux postes désignés de la frontière aérienne, terrestre ou maritime.

immigration program legislation.” The Recourse Directorate proceeded on the basis that the applicant had sought a decision with respect to whether he contravened the Act, as well as a review of the cancellation of his NEXUS membership. The advisor indicated, *inter alia*, that the applicant had in his possession currency whose value equalled or exceeded the prescribed amount of \$10,000; had contravened the Act even if the error occurred without any intent to mislead or deceive the CBSA; and did not declare the currency in his possession. The advisor explained that “[w]hen defining the term ‘good character’ for the purposes of the CBSA’s trusted traveller programs, applicants are assessed as to whether they pose a risk to the integrity of the programs.” The advisor also decided, pursuant to subsection 11.1(2) of the *Customs Act*, to uphold the cancellation of the applicant’s NEXUS membership. The applicant only sought judicial review of the decision upholding the cancellation of his NEXUS membership and his susceptibility to referral to secondary examination whenever he returns to Canada. The applicant’s principal submission was that there was no reasonable basis for the advisor to uphold the cancellation of his NEXUS membership given that he accepted that the applicant made an honest mistake in failing to report the currency.

The principal issue was whether the decision was unreasonable.

*Held*, the application should be allowed.

The decision was unreasonable. The determination by the advisor that the applicant’s contravention of the Act meant that he was not of good character lacked transparency, intelligibility and justification. The term “of good character” is not defined in the *Presentation of Persons (2003) Regulations* or any related statute. The senior advisor’s articulation of that term was taken to mean that by requiring applicants for membership in a trusted traveller program like NEXUS to be of good character, the *Presentation of Persons (2003) Regulations* aim to screen out those who would pose a risk to the integrity of the program by abusing the privileges extended to them under the program. A good character determination involves an evaluation of many factors that relate to whether the CBSA can have the requisite confidence in the person or not. Simply having contravened a law is not sufficient in and of itself to demonstrate that a person is not of good character. The fundamental flaw in the advisor’s decision was that he treated the applicant’s contravention of the Act as a sufficient reason in and of itself to find that the applicant was not of good character. The advisor did not explain *why* this caused him to lose confidence that the applicant would comply with all the requirements of the NEXUS program in the future. Factors in assessing the

de ce programme, parce qu’il avait « contrevenu à la législation relative aux programmes des douanes et/ou de l’immigration ». La Direction des recours a procédé en tenant pour acquis que le demandeur sollicitait à la fois une décision sur la question de savoir s’il avait contrevenu à la Loi et un contrôle sur l’annulation de son adhésion au programme NEXUS. Le conseiller a expliqué notamment que le demandeur avait en sa possession des espèces d’une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire de 10 000 \$; qu’il avait contrevenu à la Loi, même s’il s’agissait d’une erreur commise hors de toute intention d’induire en erreur ou de tromper l’ASFC; et qu’il n’a pas déclaré les espèces en sa possession. Le conseiller a expliqué que, « [s]elon la définition du terme ‘bonne réputation’ aux fins des programmes des voyageurs dignes de confiance de l’ASFC, les demandeurs font l’objet d’une évaluation quant au risque qu’ils peuvent présenter pour l’intégrité des programmes ». Il a décidé également, conformément au paragraphe 11.1(2) de la *Loi sur les douanes*, de maintenir l’annulation de l’adhésion du demandeur à NEXUS. Le demandeur a seulement demandé le contrôle judiciaire de la confirmation de l’annulation de son adhésion à NEXUS et de la possibilité de subir une inspection secondaire chaque fois qu’il rentre au Canada. L’observation principale du demandeur était que le conseiller n’avait aucun motif raisonnable de maintenir l’annulation de son adhésion à NEXUS, puisqu’il a admis que le demandeur avait commis une erreur de bonne foi en ne déclarant pas les espèces.

Il s’agissait principalement de savoir si la décision était déraisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La décision était déraisonnable. La conclusion du conseiller selon laquelle le demandeur avait contrevenu à la Loi, ce qui signifiait que ce dernier n’avait plus bonne réputation, manquait de transparence, d’intelligibilité et de justification. L’expression « jouit d’une bonne réputation » n’est définie ni dans le *Règlement de 2003 sur l’obligation de se présenter à un bureau de douane* ni dans des lois connexes. L’explication de cette expression par le conseiller principal a été comprise comme signifiant qu’en exigeant des personnes qui demandent à être admises à un programme des voyageurs dignes de confiance comme NEXUS qu’elles aient bonne réputation, le *Règlement de 2003 sur l’obligation de se présenter à un bureau de douane* vise à éliminer les gens qui risqueraient de nuire à l’intégrité du programme en abusant des privilèges qu’ils en reçoivent. Un jugement quant à la bonne réputation emporte une évaluation des nombreux facteurs susceptibles d’influer sur la confiance que peut avoir ou non l’ASFC envers une personne. Une contravention à une loi ne suffit pas en soi à démontrer que quelqu’un ne jouit pas d’une bonne réputation. Le défaut fondamental de la décision du conseiller était qu’il a considéré la contravention du demandeur à la Loi comme une raison suffisante en soi pour conclure que ce dernier ne

seriousness of a given contravention of the Act include whether the contravention was intentional or the result of an honest mistake, whether it was an isolated incident or part of a pattern of conduct, and whether there was any discernible connection between the funds in question and money laundering or the financing of terrorist activities. These factors are also relevant to an assessment of the risk of non-compliance in the future. In the present case, the advisor determined that the applicant's contravention fell towards the less serious end of the scale. However, having made this determination, it was incumbent on the advisor to explain why the contravention justified the cancellation of the applicant's NEXUS membership. The advisor explained clearly why the circumstances did not absolve the applicant of responsibility for contravening the Act but the link he drew between the contravention and the question of the applicant's character was not supported by any analysis at all. It was entirely conclusory. The advisor's failure to meaningfully grapple with this issue called into question whether he was actually alert and sensitive to the matter before him. The lack of any explanation on this critical issue left the decision lacking transparency, intelligibility and justification. Having regard to the legal and factual context of the decision at issue here, two potential ways to fill the critical gap in the advisor's reasoning was to consider the case synopsis and the draft reasons for decision that were prepared for the decision maker's consideration, and to consider that the decision maker may be presumed to have experience and expertise in making assessments like the one at issue here. The case synopsis and the draft reasons for decision did not support the reasonableness of the decision. The experience and expertise in the assessment of good character was not *demonstrated* in the reasons. While past behaviour *can* be a reliable predictor of future behaviour, this is not always the case. All of the circumstances must be considered when determining how probative past behaviour is for how someone will behave in the future. The advisor had to provide at least some explanation of how he linked the applicant's past behaviour to his future behaviour through the assessment of his character. The decision was set aside and the matter was remitted for reconsideration by a different decision maker.

jouissait pas d'une bonne réputation. Le conseiller n'a pas expliqué *pourquoi* cette contravention l'a amené à ne pas avoir confiance qu'à l'avenir, le demandeur se conformerait à toutes les exigences du programme NEXUS. Les facteurs à prendre en considération dans l'appréciation de la gravité d'une contravention donnée à la Loi dépendent notamment des questions de savoir si la contravention était intentionnelle ou constituait une erreur de bonne foi, si elle était un incident isolé ou un comportement habituel et s'il y avait un lien perceptible entre les fonds en question et le blanchiment d'argent ou le financement d'activités terroristes. Ces facteurs jouent également dans l'évaluation du risque de non-conformité à l'avenir. En l'espèce, le conseiller a jugé que la contravention commise par le demandeur se situait à l'extrémité inférieure de l'échelle de gravité. À la suite de cette décision, il incombait toutefois au conseiller de dire pourquoi la contravention justifiait l'annulation de l'adhésion du demandeur au programme NEXUS. Le conseiller a clairement exposé pourquoi les circonstances ne dégageaient pas le demandeur de la responsabilité de sa contravention à la Loi, mais le lien qu'il établissait entre la contravention et la réputation du demandeur ne reposait sur aucun élément d'analyse. Ce rapprochement était tout à fait non étayé. Le défaut du conseiller de s'attarder de façon significative à la question a exhorté la Cour à se demander s'il a été effectivement attentif et sensible à l'affaire dont il était saisi. L'absence d'explication sur cette question primordiale a fait que la décision manquait de transparence, d'intelligibilité et de justification. En ce qui concerne le contexte juridique et factuel de la décision en cause, il y avait deux façons de remédier à la lacune critique dans le raisonnement du conseiller : examiner le résumé du cas et l'ébauche de motifs de décision soumis au décideur, et dire que le décideur peut être présumé avoir l'expérience et l'expertise nécessaires pour réaliser les évaluations comme celle en cause. Le résumé de cas et l'ébauche de motifs de décision n'attestaient pas du caractère raisonnable de la décision. L'expérience et l'expertise nécessaires en matière d'évaluation de la bonne réputation n'ont pas été *établies* dans les motifs. Le comportement passé *peut* permettre de prédire de façon fiable le comportement futur, mais ce n'est pas toujours le cas. Toutes les circonstances doivent être prises en compte au moment de juger du caractère révélateur du comportement passé pour le comportement futur. Le conseiller devait au moins fournir une certaine explication du lien qu'il établissait entre le comportement passé et le comportement futur du demandeur dans l'évaluation de sa réputation. La décision a été annulée et l'affaire a été renvoyée pour une nouvelle décision par un autre décideur.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412, s. 2, 18(a).  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 11.1, 11.2.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, art. 3, 12, 18(1),(2), 25, 28, 29, 30.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1  
*Presentation of Persons (2003) Regulations*, SOR/2003-323, ss. 5, 6.1, 22, 23.  
*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, ss. 3, 12, 18(1),(2), 25, 28, 29, 30.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 11.1, 11.2.  
*Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane*, DORS/2003-323, art. 5, 6.1, 22, 23.  
*Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets*, DORS/2002-412, art. 2, 18a).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

## CONSIDERED:

*Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271.

## REFERRED TO:

*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Elson v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 27; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Sadana v. Canada (Public Safety)*, 2013 FC 1005; *Sodhi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 145; *Chen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FCA 170; *Zeid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 539, 326 F.T.R. 219; *Delta Air Lines v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6.

APPLICATION for judicial review of a decision by a senior program advisor with the Canada Border Services Agency's Recourse Directorate concluding that the applicant had contravened the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, and upholding the cancellation of the applicant's NEXUS membership. Application allowed.

## APPEARANCES

*Cyndee Todgham Cherniak* for applicant.  
*Derek Edwards* for respondent.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Elson c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 27; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Sadana c. Canada (Sécurité publique)*, 2013 CF 1005; *Sodhi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 145; *Chen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CAF 170; *Zeid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 539; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un conseiller principal en matière de programmes de la Direction des recours de l'Agence des services frontaliers du Canada, qui a conclu que le demandeur avait contrevenu à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* et a maintenu l'annulation de son adhésion au programme NEXUS. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Cyndee Todgham Cherniak* pour le demandeur.  
*Derek Edwards* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*LexSage Professional Corporation*, Toronto,  
for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada*  
for respondent.

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

NORRIS J.:

## I. OVERVIEW

[1] On October 28, 2019, the applicant, who was about to depart Canada on a flight from Trudeau International Airport, did not declare that he was carrying currency with a value of \$10,000 or more, something he was required to do by subsection 12(1) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 (PCMLTFA). When this omission came to light after he was questioned by a Canada Border Services Agency (CBSA) officer, the applicant agreed to pay a \$250 penalty immediately pursuant to the *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412. The balance of the funds were returned to him and he continued on his way.

[2] A month later, the applicant learned that, because of this enforcement action, his membership in the NEXUS trusted traveller program had been cancelled. He requested a review of this decision.

[3] In a decision dated May 27, 2020, a senior program advisor with CBSA's Recourse Directorate, exercising authority delegated by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister), concluded that the applicant had contravened the PCMLTFA. The senior program advisor also upheld the cancellation of the applicant's NEXUS membership. The senior program advisor determined, however, that some mitigation was warranted so he reduced the period during which the applicant was ineligible to reapply for a NEXUS

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*LexSage Professional Corporation*, Toronto, pour  
le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
défendeur.

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

LE JUGE NORRIS :

## I. APERÇU

[1] Le 28 octobre 2019, au moment de prendre un vol en partance du Canada à l'aéroport international Trudeau, le demandeur n'a pas déclaré avoir en sa possession 10 000 \$ et plus en espèces, ce qu'il devait faire en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 (la LRPCFAT). Lorsque cette omission a été révélée à la suite de questions posées par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), le demandeur a accepté d'acquitter sur-le-champ une pénalité de 250 \$, comme le prévoit le *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets*, DORS/2002-412. Le reste de la somme en question lui a été restitué et il a pu poursuivre son voyage.

[2] Un mois plus tard, le demandeur apprenait que, en raison de cette mesure d'exécution de la loi, son adhésion au programme des voyageurs dignes de confiance NEXUS avait été annulée. Il a demandé la révision de cette mesure.

[3] Dans une décision datée du 27 mai 2020, un conseiller principal en matière de programmes de la Direction des recours de l'ASFC a conclu, dans l'exercice des pouvoirs qui lui ont été délégués par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), que le demandeur avait contrevenu à la LRPCFAT. Le conseiller principal en matière de programmes a aussi confirmé l'annulation de l'adhésion au programme NEXUS. Il a néanmoins jugé qu'une certaine atténuation s'imposait et il a réduit la période d'inadmissibilité du demandeur au



membership from six years to two years from the date of the enforcement action.

[4] The applicant now applies under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for judicial review of the decision upholding the cancellation of his NEXUS membership. He contends that the decision should be set aside because it was made in breach of the requirements of procedural fairness and because it is unreasonable.

[5] As I explain in the reasons that follow, while I do not agree that the requirements of procedural fairness were breached, I do agree that the decision is unreasonable. This application must therefore be allowed, the decision set aside, and the matter remitted for reconsideration by a different decision maker.

## II. BACKGROUND

### A. Section 12 of the PCMLTFA and Related Regulations

[6] The pertinent statutory and regulatory provisions are set out in the Annex to these reasons.

[7] In material part, section 12 of the PCMLTFA requires individuals who are entering or leaving Canada to report currency or monetary instruments in their actual possession or carried in their luggage when its value equals or exceeds the amount prescribed by regulation. Subsection 2(1) of the *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations* sets this amount at \$10,000. The Regulations also specify the manner in which such reports are to be made when one is entering or leaving Canada as well as the available penalties for failing to make a required report.

### B. The Events of October 28, 2019

[8] The applicant was in the departures area of Trudeau International Airport, waiting to board a flight to Vienna, when he was approached by a CBSA officer. The officer,

programme NEXUS de six à deux ans à compter de la date de cette mesure d'exécution.

[4] Le demandeur sollicite aujourd'hui, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, le contrôle judiciaire de la décision maintenant l'annulation de son adhésion. Il soutient que la décision devrait être annulée, parce qu'elle contrevient aux exigences en matière d'équité procédurale et qu'elle est déraisonnable.

[5] Comme je l'explique dans les motifs qui suivent, bien que je ne sois pas d'avis qu'il y ait eu manquement aux exigences en matière d'équité procédurale, je juge la décision déraisonnable. La demande doit donc être accueillie, la décision annulée et l'affaire renvoyée à un autre décideur pour réexamen.

## II. LE CONTEXTE

### A. L'article 12 de la LRPCFAT et la réglementation connexe

[6] Les dispositions législatives et réglementaires qui s'appliquent sont reproduites dans l'annexe jointe aux présents motifs.

[7] En substance, l'article 12 de la LRPCFAT oblige les gens qui entrent au Canada ou qui en sortent à déclarer les espèces ou les effets en leur possession effective ou dans leurs bagages lorsque ces espèces ou effets sont d'une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire. Le paragraphe 2(1) du *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets* fixe ce montant à 10 000 \$. Les dispositions réglementaires précisent la façon dont la déclaration doit se faire à l'arrivée ou au départ, ainsi que les pénalités applicables en cas de défaut de produire la déclaration requise.

### B. Les incidents du 28 octobre 2019

[8] Le demandeur se trouvait dans la zone des départs de l'aéroport international Trudeau dans l'attente d'un vol à destination de Vienne lorsqu'il a été abordé par



who was assigned to the CBSA's Cross-Border Currency Reporting team, asked the applicant how much currency he had in his possession. According to the officer, the applicant replied that he had USD \$6,000. The officer asked the applicant to accompany him to a place where the currency could be counted. The applicant agreed. Once there, the applicant removed a quantity of U.S. currency from his pocket. When the currency was counted, it was found to amount to USD \$7,736. At the exchange rate at the time, this was equivalent to CAD \$10,100.12.

[9] The officer asked the applicant whether he had any other currency with him. The applicant replied that he did not. The officer then asked to look in the applicant's carry-on bag. While there is a dispute between the officer's account and the applicant's as to who actually looked in the bag, there is no dispute that an envelope containing €1450 was found in an inside zippered pocket. At the exchange rate at the time, this was equivalent to CAD \$2,100.61. The applicant also had \$85 in Canadian currency. In total, the value of the currency in the applicant's possession was \$12,285.73.

[10] Being in possession of currency with this total value, the applicant was required to report the funds to the CBSA in a prescribed manner. Because he had not done so, the officer seized the funds under subsection 18(1) of the PCMLTFA. However, as provided for by subsection 18(2) of the same Act, in the absence of any grounds to suspect that the funds were the proceeds of crime or would be used to finance terrorist activities, and after the applicant agreed to pay the applicable penalty of \$250, the officer returned the balance of the funds to him. The officer also informed the applicant of his right to file an objection to the enforcement action with the CBSA Recourse Directorate. This is provided for by section 25 of the PCMLTFA.

[11] At the time, the applicant was a member of the NEXUS trusted traveller program. The officer seized the applicant's NEXUS card.

un agent de l'ASFC. L'agent affecté à l'équipe de déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces de l'ASFC lui a alors demandé combien d'espèces il avait en sa possession. Selon l'agent, le demandeur aurait répondu 6 000 \$ en dollars américains. L'agent a prié le demandeur de l'accompagner en un lieu où ces espèces pourraient être comptées. Le demandeur a accepté. Une fois sur place, il a retiré une quantité de dollars américains de sa poche. Une fois comptées, les espèces en sa possession s'élevaient à 7 736 dollars américains. Au taux de change du jour, la somme équivalait à 10 100,12 dollars canadiens.

[9] L'agent a demandé au demandeur s'il avait d'autres espèces sur lui, et ce dernier a répondu non. L'agent a alors demandé à regarder dans son bagage de cabine. L'agent et le demandeur ne s'entendent pas sur la question de savoir qui a effectivement regardé dans ce sac, mais nul ne conteste qu'une enveloppe renfermant 1 450 € se trouvait dans une pochette intérieure à glissière. Au taux de change du jour, la somme équivalait à 2 100,61 dollars canadiens. Le demandeur avait également 85 dollars canadiens en sa possession. Au total, les espèces en sa possession s'élevaient à 12 285,73 \$.

[10] Étant en possession d'espèces de cette valeur totale, le demandeur était tenu de déclarer les fonds à l'ASFC de la manière prescrite. Comme il ne l'avait pas fait, l'agent a saisi l'argent en vertu du paragraphe 18(1) de la LRPCFAT. Toutefois, comme le prévoit le paragraphe 18(2) de cette loi, après que le demandeur eut accepté de payer la pénalité applicable de 250 \$, l'agent a restitué le reste de la somme au demandeur, n'ayant pas de motifs de soupçonner qu'il s'agissait là de produits de la criminalité ou d'une somme destinée au financement d'activités terroristes. Il a également informé le demandeur de son droit de produire une déclaration d'opposition à la mesure d'exécution auprès de la Direction des recours de l'ASFC, en vertu de l'article 25 de la LRPCFAT.

[11] À l'époque, le demandeur était membre du programme des voyageurs dignes de confiance NEXUS. L'agent a alors confisqué sa carte NEXUS.

### C. The NEXUS Trusted Traveler Program

[12] The NEXUS program is a joint Canada-United States program for pre-approved, low-risk travellers entering Canada or the United States at designated air, land and marine ports of entry. Among other things, membership in the program allows travellers to enter either country quickly and easily by using automated self-serve kiosks in airports and dedicated lanes at land border crossings.

[13] Canada's part of the program is governed by the *Presentation of Persons (2003) Regulations*, SOR/2003-323. These regulations were enacted pursuant to section 11.1 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, which authorizes the Minister to "issue to any person an authorization to present himself or herself in an alternative manner." Membership in the NEXUS program is one such authorization. The regulations state the requirements one must meet to become a NEXUS member. For present purposes, the only material requirement is that one must be "of good character" to be eligible for NEXUS membership. See *Presentation of Persons (2003) Regulations*, paragraph 6.1(a), which incorporates, *inter alia*, the requirements set out in paragraph 5(1)(b) of the same Regulations.

[14] Under subsection 11.1(2) of the *Customs Act*, the Minister also has the authority, "subject to the regulations, [to] amend, suspend, renew, cancel or reinstate an authorization." Subsection 22(1) of the *Presentation of Persons (2003) Regulations* provides that the Minister may suspend or cancel an authorization if, among other things, the person "no longer meets the requirements for the issuance of the authorization."

### D. The Cancellation of the Applicant's NEXUS Membership

[15] On November 22, 2019, the CBSA issued a form letter to the applicant informing him that his NEXUS

### C. Le programme NEXUS des voyageurs dignes de confiance

[12] NEXUS est un programme canado-américain qui vise les voyageurs préautorisés et à faible risque qui entrent au Canada ou aux États-Unis aux postes désignés de la frontière aérienne, terrestre ou maritime. L'adhésion permet notamment d'entrer rapidement et facilement au Canada ou aux États-Unis en passant par les bornes automatisées à libre-service dans les aéroports et par les voies réservées aux postes frontaliers de la frontière terrestre.

[13] Le volet canadien du programme est régi par le *Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane*, DORS/2003-323. Ce règlement a été pris en vertu de l'article 11.1 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, qui habilite le ministre à « accorder à quiconque une autorisation lui permettant de se présenter selon un mode substitutif ». L'adhésion au programme NEXUS est un des moyens d'obtenir cette autorisation. Le *Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane* énonce les exigences auxquelles une personne doit satisfaire pour adhérer à NEXUS. Dans le cas qui nous occupe, la seule exigence d'importance est que l'adhérent jouisse « d'une bonne réputation ». Voir le *Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane*, alinéa 6.1a), qui incorpore, entre autres, les exigences énoncées à l'alinéa 5(1)b) du même règlement.

[14] Suivant le paragraphe 11.1(2) de la *Loi sur les douanes*, « [l]e ministre peut, sous réserve des règlements, modifier, suspendre, renouveler, annuler ou rétablir une autorisation ». Le paragraphe 22(1) du *Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane* prévoit que le ministre peut suspendre ou annuler une autorisation si, par exemple, la personne autorisée « ne remplit plus les conditions pour l'obtention de l'autorisation ».

### D. L'annulation de l'adhésion du demandeur à NEXUS

[15] Le 22 novembre 2019, l'ASFC envoyait au demandeur une lettre type l'informant que son adhésion à

membership had been cancelled. The letter stated that the reason for cancellation was that the applicant no longer satisfied the “eligibility criteria” of the program because he had “contravened customs and/or immigration program legislation.” Specific reference was made to the enforcement action on October 28, 2019. While not stated explicitly in the letter, there is no issue that the requirement the applicant had been found to no longer satisfy was that he be of good character.

[16] The letter also indicated that the applicant could submit a request for a review of this decision to the CBSA Recourse Directorate. The right to seek a review is provided for by section 23 of the *Presentation of Persons (2003) Regulations*.

#### E. The Applicant’s Request for Review

[17] On December 5, 2019, the applicant submitted a request for review to the Recourse Directorate using an online portal. In summary, he provided the following information in support of his request to have his NEXUS membership reinstated:

- He is a well-established businessman in Montréal whose businesses employ over 1500 individuals.
- He travels frequently for business meetings, conferences and exhibitions.
- On October 28, 2019, he was on his way to China for a business trip.
- He did not declare the funds in his possession on October 28, 2019, because he believed he had less than CAD \$9,000 “which is the legal limit for not reporting.”
- In addition to the funds he knew he was carrying, there was an envelope in the applicant’s carry-on bag which contained Euros and U.S. dollars

NEXUS avait été annulée. Le document indiquait comme motif d’annulation que le demandeur ne satisfaisait plus aux [TRADUCTION] « critères d’admissibilité » de ce programme, parce qu’il avait [TRADUCTION] « contrevenu à la législation relative aux programmes des douanes et/ou de l’immigration ». Il était fait expressément mention de la mesure d’exécution du 28 octobre 2019. Bien que le document ne l’énonce pas en toutes lettres, il ne fait aucun doute que l’exigence à laquelle le demandeur ne satisfaisait plus était celle de la bonne réputation.

[16] La lettre indiquait également que le demandeur pouvait présenter une demande de révision de cette mesure d’exécution à la Direction des recours de l’ASFC. Le droit de solliciter une révision est prévu à l’article 23 du *Règlement de 2003 sur l’obligation de se présenter à un bureau de douane*.

#### E. La demande de révision du demandeur

[17] Le 5 décembre 2019, le demandeur a présenté, sur un portail en ligne, une demande de révision à la Direction des recours. Il a fourni les renseignements suivants à l’appui de sa demande de rétablissement de son adhésion à NEXUS :

- Il est un homme d’affaires bien établi à Montréal dont les entreprises emploient plus de 1 500 personnes.
- Il se déplace fréquemment pour des réunions d’affaires, des conférences et des expositions.
- Le 28 octobre 2019, il était en route vers la Chine pour les affaires.
- Il n’avait pas déclaré les fonds en sa possession le 28 octobre 2019, parce qu’il croyait avoir sur lui moins de 9 000 \$ en dollars canadiens, [TRADUCTION] « qui est la limite légale pour ne pas devoir faire de déclaration ».
- En plus des fonds que le demandeur savait avoir en sa possession, il y avait dans son bagage de cabine une enveloppe contenant des euros et des

equivalent to CAD \$3,000. These were funds from a previous trip which the applicant had forgotten to remove from his bag when he returned home. He did not realize the funds were still in his bag on October 28, 2019. The applicant stated: “I attest that this was an honest mistake and oversight on my end and no hiding of information was intended.”

[18] By letter dated December 18, 2019, a senior appeals officer with the Recourse Directorate acknowledged receipt of the applicant’s request. The letter indicated that the CBSA was treating the applicant’s submission as both a request for a decision under section 25 of the PCMLTFA with respect to whether he had contravened subsection 12(1) of that Act, and as a request for a review under section 23 of the *Presentation of Persons (2003) Regulations* of the decision to cancel his NEXUS membership. Separate file numbers were given to each matter.

[19] The letter summarized the seizing officer’s account of the events on October 28, 2019, as well as the applicant’s submissions. The letter explained that under Canadian law, the applicant was required to report the currency in his possession because its value equalled or exceeded \$10,000. Failure to do so “could result in seizure, penalties and/or prosecution.” The letter went on to explain that “when travelling abroad, it is ultimately your responsibility to be aware of CBSA reporting requirements and to comply with them.”

[20] Further, the letter explained that the \$250 penalty assessed by the seizing officer was the lowest available for contravening subsection 12(1) of the PCMLTFA. The letter stated that the decision to proceed in this fashion “was based on the fact that although the currency was not reported, you did not attempt to conceal the said currency found in your handbag and messenger bag. Furthermore, the officer (who seized the funds) did not suspect that the currency was the proceeds of

dollars américains pour une somme équivalant à 3 000 \$ canadiens. C’était l’argent d’un précédent voyage que le demandeur avait oublié de retirer de son bagage à son retour chez lui. Il ne s’était pas rendu compte qu’il l’avait toujours dans son bagage le 28 octobre 2019. Le demandeur a fait la déclaration suivante : [TRADUCTION] « J’atteste qu’il s’agissait d’une erreur de bonne foi et d’un oubli de ma part et que je n’avais pas l’intention de cacher de l’information. »

[18] Dans une lettre datée du 18 décembre 2019, une agente principale des appels de la Direction des recours a accusé réception de la demande de révision. Le document indiquait que l’ASFC considérait le document présenté par le demandeur comme étant à la fois une demande de décision fondée sur l’article 25 de la LRPCFAT relativement à la possible contravention au paragraphe 12(1) de cette loi, et une demande de révision en vertu de l’article 23 du *Règlement de 2003 sur l’obligation de se présenter à un bureau de douane* relativement à la décision d’annuler l’adhésion à NEXUS. Des numéros de dossier distincts ont été attribués aux deux affaires.

[19] La lettre résumait le récit de l’agent ayant effectué la saisie au sujet des événements du 28 octobre 2019, ainsi que les observations du demandeur. Elle expliquait que la loi canadienne exigeait de ce dernier qu’il déclare les espèces en sa possession d’une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$. Tout manquement l’exposait [TRADUCTION] « à une saisie, à des pénalités et/ou à des poursuites ». La lettre expliquait ensuite ceci : [TRADUCTION] « [L]orsque vous voyagez à l’étranger, il est de votre responsabilité de connaître les exigences de l’ASFC en matière de déclaration et de vous y conformer. »

[20] La lettre ajoutait que la pénalité de 250 \$ imposée par l’agent ayant effectué la saisie était la plus faible possible pour un manquement au paragraphe 12(1) de la LRPCFAT. Elle précisait que la décision de procéder de la sorte [TRADUCTION] « était fondée sur le fait que, bien que les espèces n’aient pas été déclarées, vous n’aviez pas tenté de dissimuler la somme trouvée dans votre bagage à main et sac messenger. De plus, l’agent [qui avait saisi les fonds] ne soupçonnait pas que les

crime and/or link[ed] to terrorist activity and/or money laundering.”

[21] The letter also explained why the applicant’s NEXUS membership had been cancelled as follows:

Regarding the decision to cancel your membership in the NEXUS program, Section 22(1)(a) of the Presentation of Persons (2003) Regulations states that the Minister may cancel an authorization if the person no longer meets the requirements for the issuance of the authorization. One of the eligibility requirements set out in paragraph 5(1)(b) of those same Regulations is that applicants must be of good character. When defining the term “good character” for the purposes of the CBSA’s trusted traveller programs, applicants are assessed as to whether they may pose a risk to the integrity of the programs. In doing so, an evaluation takes place of factors such as whether there has been a serious infraction of the laws of Canada and the U.S. and, in particular, the laws administered by the CBSA, which undermines the confidence of the CBSA that the applicant will comply with all the program requirements. As such, a violation of the Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, and its Regulations, would justify the cancellation of a NEXUS membership.

Under the current policies, a NEXUS member who has an enforcement action on file (a seizure) is ineligible to the NEXUS program for 6 years beginning at the date of the enforcement action.

[22] The letter then went on to explain the penalties and other consequences associated with a contravention of the *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, including ineligibility for NEXUS membership for six years from the date of the enforcement action. After describing how individuals in possession of currency exceeding the prescribed amount are required to report this fact to the CBSA before leaving Canada, the officer added the following: “Further, I note that case law holds that proof of intention is not required since the system is one of voluntary reporting and because strict liability attaches to those who fail to report.”

espèces étaient un produit de la criminalité ou qu’elles étaient liées à des activités terroristes et/ou de blanchiment d’argent ».

[21] La lettre expliquait aussi pourquoi l’adhésion du demandeur au programme NEXUS avait été annulée :

[TRADUCTION]

Pour ce qui est de la décision d’annuler votre adhésion au programme NEXUS, l’alinéa 22(1)a) du *Règlement de 2003 sur l’obligation de se présenter à un bureau de douane* énonce que le ministre peut annuler une autorisation si la personne ne remplit plus les conditions d’autorisation. Un des critères d’admissibilité énoncés à l’alinéa 5(1)b) de ce même règlement est que le demandeur doit jouir d’une bonne réputation. Selon la définition du terme « bonne réputation » aux fins des programmes des voyageurs dignes de confiance de l’ASFC, les demandeurs font l’objet d’une évaluation quant au risque qu’ils peuvent présenter pour l’intégrité des programmes. Divers facteurs entrent en ligne de compte, comme la commission d’une infraction grave aux lois du Canada et des États-Unis et, en particulier, aux lois appliquées par l’ASFC, laquelle mine l’assurance que peut avoir l’Agence que le demandeur se conformera à toutes les exigences de programme. Ainsi, un manquement à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* et à ses règlements d’application justifierait l’annulation de l’adhésion à NEXUS.

Selon les politiques actuelles, l’adhérent à NEXUS qui a une mesure d’exécution à son dossier (une saisie) est inadmissible au programme NEXUS pendant six ans à compter de la date de cette mesure d’application de la loi.

[22] La lettre exposait ensuite les pénalités et autres conséquences d’une contravention au *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets*, dont l’inadmissibilité au programme NEXUS pendant six ans à compter de la date de la mesure d’exécution. Après avoir décrit comment les gens en possession d’espèces dépassant le montant réglementaire ont l’obligation de les déclarer à l’ASFC avant de quitter le Canada, l’agent a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « Il faut aussi noter que la jurisprudence n’exige pas de preuve d’intention, puisqu’il s’agit d’un système de déclaration volontaire et qu’un régime de responsabilité stricte s’applique au défaut de déclarer ».

[23] By letter dated January 2, 2020, the Recourse Directorate provided the applicant with a copy of the seizing officer's Narrative Report concerning the events on October 28, 2019. The letter explained that the report was being provided as it "may assist you in responding more adequately to the allegations made by the enforcement agency." The applicant was given 30 days to provide any additional information or documentation he believed would assist in making a decision on his appeal.

[24] On January 17, 2020, the applicant provided further submissions in support of his appeal using the online portal. It is unclear from the record whether he had received the December 18, 2019, letter at this point or not. The letter had been sent to him by registered mail but was returned to the Recourse Directorate as "Unclaimed". It was resent to the applicant by regular mail under a covering letter dated January 15, 2020.

[25] In his further submissions, the applicant reiterated the points summarized above in paragraph 17 and added the following:

- The currency in the envelope in his carry-on bag was "a bit over" CAD \$2,000 in value. (This was consistent with the officer's report of the value of the Euros in the envelope.)
- The other cash the applicant had with him had been withdrawn from his personal HSBC account.
- It was only after the events on October 28, 2019, that the applicant realized he will "always be flagged in the CBSA system and will go through inspection" every time he travels. He stated: "I am a frequent flyer and often travel with my wife and five children. For the past two trips I had to go through a full inspection while my family amongst a one year old and two years old were waiting for me which was very inconvenient."

[23] Dans une lettre datée du 2 janvier 2020, la Direction des recours a fourni au demandeur copie du rapport circonstancié de l'agent ayant effectué la saisie sur les incidents du 28 octobre 2019. Le document expliquait au demandeur que le rapport lui était fourni parce qu'il [TRADUCTION] « pouvait [l']aider à répondre plus adéquatement aux allégations faites par l'organisme d'application de la loi ». Le demandeur disposait de 30 jours pour produire toute information ou documentation supplémentaire qu'il jugeait utile pour les besoins de la décision sur son appel.

[24] Le 17 janvier 2020, le demandeur a présenté d'autres observations en appui à son appel, au moyen du portail en ligne. Il n'est pas clair, d'après le dossier, s'il avait reçu ou non à ce stade la lettre du 18 décembre 2019. Le document lui avait été expédié par courrier recommandé, mais avait été retourné à la Direction des recours, portant la mention [TRADUCTION] « non réclamé ». Il avait été réexpédié au demandeur par la poste ordinaire avec une lettre d'envoi datée du 15 janvier 2020.

[25] Dans ses observations supplémentaires, le demandeur a repris les points résumés au paragraphe 17 ci-dessus, en ajoutant ce qui suit :

- Les espèces dans l'enveloppe trouvée dans son bagage de cabine s'élevaient à [TRADUCTION] « un peu plus » de 2 000 \$ en dollars canadiens. (Cette remarque concorde avec celle de l'agent sur la valeur en euros dans l'enveloppe.)
- Les autres espèces que le demandeur avait sur lui avaient été retirées de son compte personnel à la Banque HSBC.
- Ce n'est qu'après les incidents du 28 octobre 2019 que le demandeur s'est rendu compte qu'il serait [TRADUCTION] « toujours signalé dans le système de l'ASFC et qu'il devrait faire l'objet d'une inspection » lors de chacun de ses déplacements. Il a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Je suis un grand voyageur et je me déplace souvent avec ma femme et mes cinq enfants. Dans mes deux derniers déplacements, j'ai dû subir une inspection complète, pendant que ma famille, notamment



mes enfants d'un et de deux ans, m'attendait, ce qui nous a grandement incommodés. »

[26] In a letter dated January 31, 2020 (received by the Recourse Directorate on February 4, 2020), the applicant provided further additional submissions on his appeal. He also provided some supporting documentation relating to the value of the U.S. cash he had with him. Unlike his previous submissions, which were provided by way of an online portal, the applicant sent these submissions and the enclosures by mail. At this point, the applicant had evidently received the December 18, 2019, letter from the Recourse Directorate because he makes reference to the January 15, 2020, covering letter (as well as the January 2, 2020, letter) in his correspondence.

[27] The applicant stated that he was writing in part to “clarify” his discussion with the CBSA officer on October 28, 2019. He stated the following:

As mentioned in my request for a review, I truly believed that I was carrying less than \$Cad 10,000. I said to the officer that I had an equivalent of \$Cad 9,000 and that only while looking in my carry-on bag I then realized that I had an envelope forgotten from a previous trip to Europe containing some Euros. I had forgotten to remove it before going to the airport.

[28] By letter dated February 12, 2020, the senior appeals officer acknowledged receipt of the applicant's letter (with enclosures). In response to information the applicant had provided concerning the value (in Canadian dollars) of the currency discovered in his possession on October 28, 2019, the senior appeals officer maintained the position that the total value of the currency was \$12,285.73. Regarding the applicant's reiterated submission that he had simply forgotten about the currency in his carry-on bag, the senior appeals officer stated the following:

It was previously explained in the Notice of Circumstances of Seizure letter sent to you registered mail on December 18, 2019 and thereafter resent by regular mail on January 15, 2020, that in the case where

[26] Dans une lettre datée du 31 janvier 2020 (et reçue par la Direction des recours le 4 février 2020), le demandeur a produit d'autres observations supplémentaires aux fins de son appel. Il a aussi produit de la documentation à l'appui portant sur la valeur en dollars américains des espèces qu'il avait en sa possession. À la différence de ses observations antérieures, qu'il avait présentées au moyen du portail en ligne, il a envoyé ces observations supplémentaires et les pièces jointes par la poste. À ce stade, il avait évidemment reçu la lettre du 18 décembre 2019 de la Direction des recours, parce qu'il fait mention de la lettre d'accompagnement du 15 janvier 2020 (et de la lettre du 2 janvier 2020) dans sa correspondance.

[27] Le demandeur a dit avoir envoyé ses observations par écrit en partie pour [TRADUCTION] « éclaircir » son entretien avec l'agent de l'ASFC le 28 octobre 2019. Il a énoncé ce qui suit :

[TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné dans ma demande de révision, je croyais sincèrement transporter moins de 10 000 \$ en dollars canadiens. J'avais dit à l'agent avoir l'équivalent de 9 000 \$ en dollars canadiens, et ce n'est qu'en regardant dans mon bagage de cabine que je me suis rendu compte qu'il y avait là une enveloppe oubliée d'un voyage précédent en Europe et qui contenait quelques euros. J'avais oublié de la retirer avant de me rendre à l'aéroport.

[28] Dans une lettre datée du 12 février 2020, l'agente principale des appels a accusé réception de la lettre du demandeur (avec les pièces jointes). En réponse aux renseignements fournis par le demandeur sur la valeur (en dollars canadiens) des espèces trouvées en sa possession le 28 octobre 2019, elle a maintenu que la valeur totale en la possession du demandeur était de 12 285,73 \$. Au sujet de l'affirmation réitérée par le demandeur selon laquelle il avait simplement oublié la valeur en espèces du contenu de son bagage de cabine, elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans l'avis des circonstances de la saisie qui vous a été envoyé par courrier recommandé le 18 décembre 2019 et renvoyé par la poste ordinaire le 15 janvier 2020, il a déjà été expliqué que, dans le cas d'espèces

undeclared currency is seized at level 1, for which the terms of release are set at \$250.00, the decision to proceed with this level, which is the lowest level available, was based on the fact that although the currency was not reported, you did not attempt to conceal the said currency found in your handbag and messenger bag. Furthermore, the officer did not suspect that the currency was the proceeds of crime and/or link[ed] to terrorist activity and/or money laundering. It is incumbent upon travellers to be aware of the amount of currency in their possession.

[29] The senior appeals officer concluded the letter by assuring the applicant that his representations along with the evidence on file will be considered carefully when a decision is made. The applicant would be notified by registered mail as soon as a decision is rendered.

[30] By letter dated February 17, 2020, the applicant submitted further representations in support of his request for a review. He reiterated that he was a businessman and provided information relating to some of his business affairs.

[31] At the end of March 2020, the Recourse Directorate, like virtually every other workplace in Canada, was forced to make adjustments to its practices because of the COVID-19 pandemic. One of these changes was switching to sending correspondence to individuals with outstanding appeals by email rather than registered mail. Accordingly, on March 30, 2020, a voicemail message was left for the applicant requesting his email address.

[32] A note to file indicates that the applicant returned the call the next day (March 31, 2020) and spoke to someone at the Recourse Directorate. (The record does not disclose who made this note to file or the other notes referred to below. Viewing the record as a whole, however, it is a reasonable inference that they were all made by the senior appeals officer who had been corresponding with the applicant. I will proceed on this basis.) The applicant provided the senior appeals officer with his email address. He also told her that he wanted to “explain the events as they happened.” The note indicates that the officer explained “the process” to the applicant.

non déclarées et saisies au niveau 1 pour lesquelles les conditions de mainlevée sont fixées à 250 \$, la décision de procéder à ce niveau, qui est le plus bas, était fondée sur le fait que, bien que les espèces n’aient pas été déclarées, vous n’aviez pas tenté de dissimuler la somme trouvée dans votre bagage à main et sac messenger. De plus, l’agent ne soupçonnait pas que les espèces étaient un produit de la criminalité ou qu’elles étaient liées à des activités terroristes et/ou de blanchiment d’argent ». Il incombe aux voyageurs de connaître la quantité d’espèces en leur possession.

[29] L’agente principale des appels a conclu sa lettre en garantissant au demandeur que ses observations et les éléments de preuve versés au dossier seraient examinés attentivement lors de la prise de décision. Dès que cette décision sera rendue, le demandeur serait avisé par courrier recommandé.

[30] Dans une lettre datée du 17 février 2020, le demandeur a présenté d’autres observations à l’appui de sa demande de révision. Il a réitéré qu’il était un homme d’affaires et il a donné des renseignements aux sujets de certaines de ses activités commerciales.

[31] À la fin de mars 2020, la Direction des recours, à l’instar de presque tous les autres milieux de travail au Canada, a été obligée de modifier ses pratiques à cause de la pandémie de COVID-19. Entre autres changements, elle s’est mise à envoyer la correspondance aux gens dont les appels étaient en instance par courriel plutôt que par courrier recommandé. C’est ainsi que, le 30 mars 2020, un message a été laissé sur la boîte vocale du demandeur pour lui demander de fournir son adresse courriel.

[32] Une note au dossier indique que le demandeur a rappelé le lendemain (31 mars 2020) et parlé à quelqu’un de la Direction des recours. (Le dossier ne fait pas état de l’auteur de cette note ou des autres notes que nous allons mentionner. Compte tenu du dossier dans son ensemble, il est toutefois raisonnable d’en déduire que ces notes ont été rédigées par l’agente principale des appels qui correspondait avec le demandeur, et je vais donc me fonder sur cette inférence dans le cadre de mon analyse.) Le demandeur a transmis son adresse électronique à l’agente principale des appels. Il lui a aussi dit vouloir [TRADUCTION] « expliquer les incidents comme

The applicant said he understood and would await further instructions via email. There is no other evidence in the record concerning this exchange.

[33] On May 14, 2020, and again on May 21, 2020, the senior appeals officer emailed the applicant forms on which he could indicate his consent to corresponding with the Recourse Directorate via email. (The second email was necessary because the consent document sent with the first email had omitted one of the file numbers.)

[34] On May 20, 2020, the applicant left a message for the senior appeals officer stating that he had not received any emails from her as yet.

[35] On May 21, 2020, the senior appeals officer returned the applicant's call and left a message for him suggesting that he check his junk email folder as she had sent him two emails. (These would be the emails referred to in paragraph 33, above.)

[36] The applicant must have found the senior appeals officer's emails because, on May 25, 2020, he returned by email the signed agreement indicating his consent to correspond with the Recourse Directorate by email.

[37] The decision denying the applicant's appeals is set out in a letter dated May 27, 2020, from Martin Bélanger, senior program advisor, Recourse Directorate. It was sent to the applicant via email. The reasons for the decision are set out below.

[38] According to another note to file, on May 28, 2020, the applicant spoke to the senior appeals officer with whom he had been dealing. He said he had wanted to submit more documentation, which he thought he would have an opportunity to do after receiving the request for his email address and for his consent to communicate with him via email. While not stated explicitly in the note, it appears that the applicant had just received

ils s'étaient produits ». La note indique que l'agente a expliqué [TRADUCTION] « le processus » au demandeur. Celui-ci a dit qu'il comprenait et qu'il attendait d'autres instructions par courrier électronique. Il n'y a aucune autre indication au dossier au sujet de cet échange.

[33] Le 14 mai puis le 21 mai 2020, l'agente principale des appels a envoyé par courriel au demandeur des formulaires par lesquels il pouvait signifier son consentement à correspondre par courriel avec la Direction des recours. (Il a fallu expédier un second courriel, parce qu'un des numéros de dossier ne figurait pas sur le document de consentement du premier courriel.)

[34] Le 20 mai 2020, le demandeur a laissé un message à l'agente principale des appels, lui disant qu'il n'avait encore reçu aucun courriel de sa part.

[35] Le 21 mai 2020, l'agente principale des appels rappelait le demandeur et lui laissait un message pour lui suggérer de vérifier son dossier de courriels indésirables, car elle lui avait déjà envoyé deux courriels. (Il s'agit des courriels mentionnés précédemment au paragraphe 33.)

[36] On peut penser que le demandeur a trouvé les courriels de l'agente principale des appels puisque, le 25 mai 2020, il renvoyait par courriel son consentement dûment signé à correspondre par courrier électronique avec la Direction des recours.

[37] La décision de rejeter les appels du demandeur figure dans une lettre du 27 mai 2020 de Martin Bélanger, conseiller principal en matière de programmes de la Direction des recours. Cette lettre a été envoyée au demandeur par courriel. Les motifs de la décision sont exposés ci-dessous.

[38] D'après une autre note au dossier, le 28 mai 2020, le demandeur a parlé à l'agente principale des appels avec qui il traitait. Il a dit avoir voulu présenter plus de documentation, ce qu'il pensait avoir la possibilité de faire après réception de la demande d'adresse électronique et son consentement à communiquer par courriel. Bien que la note ne le mentionne pas expressément, il semblerait que le demandeur venait juste de recevoir la

the decision denying his appeals when he contacted the officer.

[39] The applicant said the additional documentation he had wanted to submit would demonstrate the “legitimacy” of the funds in his possession on October 28, 2019. The officer told the applicant they were aware that the currency was legitimate. The applicant also said he was not aware of all the currency he had with him that day. He added that he travels frequently and is not happy about being pulled over, especially when with his young family. (This is presumably a reference to being referred for secondary inspections.) The applicant told the officer he would be taking the matter to the Federal Court as he wants his name out of the CBSA’s system. Finally, the officer noted her opinion that, “even if [the applicant] had submitted more documentation showing the legitimacy [of the funds], it would not have changed anything.” It is not clear whether this latter point was communicated to the applicant in the call.

### III. DECISION UNDER REVIEW

[40] In the letter dated May 27, 2020, the senior program advisor with the Recourse Directorate informed the applicant of the result of the two ministerial reviews and provided the reasons for these decisions.

#### A. The Contravention of the PCMLTFA

[41] The senior program advisor concluded under section 27 of the PCMLTFA that there had been a contravention of section 12 of that Act. Further, he concluded that the amount of \$250 received for the return of the funds would be held as forfeit.

[42] The senior program advisor begins by summarizing the circumstances of the incident of October 28, 2019, as recorded in the documentary evidence on file. He also summarizes the applicant’s representations as well as the supporting documentation the applicant provided.

décision par laquelle ses appels étaient rejetés lorsqu’il a pris contact avec l’agente.

[39] Le demandeur a dit que la documentation supplémentaire qu’il désirait présenter démontrerait la [TRADUCTION] « légitimité » des fonds en sa possession le 28 octobre 2019. L’agente lui a dit que personne n’ignorait que les espèces étaient légitimes. Le demandeur a ajouté ne pas avoir été conscient de toutes les espèces qu’il avait sur lui ce jour-là. Il a précisé qu’il se déplaçait fréquemment et n’aime pas qu’on lui demande de s’arrêter, surtout lorsqu’il se trouve avec sa jeune famille. (Il faisait sans doute référence au fait d’avoir subi des inspections secondaires.) Il a dit à l’agente qu’il s’adresserait à la Cour fédérale, car il voulait que son nom soit retiré du système de l’ASFC. En fin de compte, l’agente a consigné son opinion selon laquelle, [TRADUCTION] « même s’il [le demandeur] avait présenté plus de documentation pour montrer la légitimité [des espèces], cela n’aurait rien changé ». On ne sait pas si elle a fait part de ce dernier point au demandeur à l’occasion de cet entretien.

### III. LA DÉCISION FAISANT L’OBJET DU CONTRÔLE

[40] Dans la lettre du 27 mai 2020, le conseiller principal en matière de programmes de la Direction des recours a informé le demandeur du résultat des deux révisions ministérielles et lui a donné les motifs des décisions prises.

#### A. La contravention à la LRPCFAT

[41] Le conseiller principal en matière de programmes a conclu, au titre de l’article 27 de la LRPCFAT, qu’il y avait eu contravention à l’article 12 de cette loi. Il a également conclu que la somme de 250 \$ versée pour la restitution des fonds serait confisquée.

[42] Le conseiller principal en matière de programmes a d’abord résumé les circonstances de l’incident du 28 octobre 2019, comme elles avaient été consignées dans la preuve documentaire au dossier. Il a également récapitulé les observations et la documentation d’appui fournies par le demandeur.

[43] The senior program advisor explains why he had decided the matter as he did by setting out key points which I would summarize as follows:

- On October 28, 2019, the applicant had in his possession currency whose value equalled or exceeded the prescribed amount of \$10,000.
- The applicant had explained that he was someone with an excellent reputation who simply forgot about the currency in his carry-on bag. However, the PCMLTFA is contravened when an incorrect declaration is made, even if the error occurred without any intent to mislead or deceive the CBSA. The lack of any intention to circumvent reporting obligations is not relevant to the determination of whether or not the reporting obligation has been contravened.
- The applicant did not declare the currency in his possession, which was a contravention of the Act.
- The prescribed penalty of \$250 was appropriate. The senior program advisor noted that there was no indication that the funds were concealed, it was “a first instance of non-compliance” on the part of the applicant, and there were no reasons to suspect that the funds were the proceeds of crime. On the other hand, the senior program advisor was not prepared to lower the penalty because its aim is “to encourage compliance during future cross-border movements.” The senior program advisor added: “The requirements of the Act are important as they contribute to Canada’s efforts in detecting and deterring illicit movements of currency and monetary instruments.”

[44] The senior program advisor concludes this part of the decision by explaining how the applicant can challenge these determinations.

[43] Le conseiller principal en matière de programmes explique ce qui a motivé sa décision en énonçant les principaux points, lesquels peuvent être résumés ainsi :

- Le 28 octobre 2019, le demandeur avait en sa possession des espèces d’une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire de 10 000 \$.
- Le demandeur a expliqué avoir une excellente réputation et avoir simplement oublié ces espèces dans son bagage de cabine. Toutefois, faire une déclaration erronée constitue une contravention à la LRPCFAT, même s’il s’agit d’une erreur commise hors de toute intention d’induire en erreur ou de tromper l’ASFC. L’absence d’intention de passer outre aux obligations de déclaration n’est pas un facteur qui joue au moment de décider s’il y a eu ou non contravention aux obligations en matière de déclaration.
- Le demandeur n’a pas déclaré les espèces en sa possession, ce qui constituait une contravention à la loi applicable.
- La pénalité prescrite de 250 \$ était appropriée. Le conseiller principal en matière de programmes a fait remarquer que rien n’indiquait que les fonds avaient été cachés, que c’était là [TRADUCTION] « une première occurrence de non-conformité » de la part du demandeur et qu’il n’y avait pas lieu de soupçonner qu’il s’agissait là d’un produit de la criminalité. Par ailleurs, il n’était pas prêt à abaisser la sanction, son but étant [TRADUCTION] « d’encourager la conformité dans les futurs déplacements transfrontaliers ». Il a ajouté : [TRADUCTION] « Les exigences de la Loi sont importantes, car elles contribuent aux efforts canadiens de détection et de dissuasion des mouvements illicites d’espèces et d’effets. »

[44] Le conseiller principal en matière de programmes conclut cette partie de la décision en expliquant comment le demandeur peut contester les décisions prises.

B. The Cancellation of the Applicant's NEXUS Membership

[45] The senior program advisor also upheld the cancellation of the applicant's NEXUS membership. However, given the circumstances of the applicant's case, he decided to "offer mitigation." Accordingly, the applicant would be permitted to re-apply to the NEXUS program as of October 28, 2021.

[46] After describing the NEXUS program in general terms, the senior program advisor turns to paragraph 22(1)(a) of the *Presentation of Persons (2003) Regulations*, which provides that membership in a program such as NEXUS may be cancelled if a person no longer meets the membership requirements. One of the requirements for eligibility in the NEXUS program is that one must be of good character. The senior program advisor explains what this means as follows:

When defining the term "good character" for the purposes of the CBSA's trusted traveller programs, applicants are assessed as to whether they pose a risk to the integrity of the programs. In doing so, an evaluation takes place of factors such as whether there has been an infraction of the laws of Canada and the U.S. and, in particular, the laws administered by the CBSA, which undermines the confidence of the CBSA that the applicant will comply with all the program requirements.

[47] The senior program advisor then simply notes that the applicant has been found to have been in contravention of section 12 of the PCMLTFA, adding: "The details of the events have been examined above comprehensively." There is no further analysis of the events of October 28, 2019, or their connection to the issue of the applicant's character.

[48] The senior program advisor next turns to the consequences that follow from this finding. He states that he has decided, pursuant to subsection 11.1(2) of the *Customs Act*, to uphold the cancellation of the applicant's NEXUS membership. However, he has decided to "extend mitigation" to the applicant. The senior program advisor explains these decisions as follows:

B. L'annulation de l'adhésion du demandeur à NEXUS

[45] Le conseiller principal en matière de programmes a également confirmé l'annulation de l'adhésion du demandeur au programme NEXUS. Toutefois, vu les circonstances de l'affaire, il a décidé [TRADUCTION] « d'offrir un allègement ». Ainsi, le demandeur pourrait demander à être réadmis au programme NEXUS à compter du 28 octobre 2021.

[46] Après avoir décrit le programme NEXUS en termes généraux, le conseiller principal en matière de programmes passe à l'alinéa 22(1)a) du *Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane*, où il est prévu que l'adhésion à un programme comme NEXUS peut être annulée si quelqu'un ne satisfait plus aux exigences d'admissibilité. Un des critères d'admissibilité à ce programme est l'obligation de jouir d'une bonne réputation. Le conseiller explique ainsi ce que cela signifie :

[TRADUCTION] Selon la définition du terme « bonne réputation » aux fins des programmes des voyageurs dignes de confiance de l'ASFC, les demandeurs font l'objet d'une évaluation quant au risque qu'ils peuvent présenter pour l'intégrité des programmes. Divers facteurs entrent en ligne de compte, comme la commission d'une infraction aux lois du Canada et des États-Unis et, en particulier, aux lois appliquées par l'ASFC, laquelle mine l'assurance que peut avoir l'Agence que le demandeur se conformera à toutes les exigences de programme.

[47] Le conseiller principal en matière de programmes fait ensuite simplement observer qu'il a été conclu que le demandeur a contrevenu à l'article 12 de la LRPCFAT, et il ajoute : [TRADUCTION] « Les événements ont été examinés en détail précédemment. » Cela clôt son analyse des événements du 28 octobre 2019 ou du lien avec la question de la réputation du demandeur.

[48] Le conseiller principal en matière de programmes passe ensuite aux conséquences à tirer de cette conclusion. Il dit avoir décidé, conformément au paragraphe 11.1(2) de la *Loi sur les douanes*, de maintenir l'annulation de l'adhésion du demandeur à NEXUS. Il dit avoir toutefois décidé [TRADUCTION] « d'offrir une atténuation » à celui-ci. Il explique ainsi ces décisions :



Although it is expected that, as [a] NEXUS member, you will be aware of the reporting requirements and possible consequences of PCMLTFA contraventions and the NEXUS program terms and conditions, due to your history of compliance with border legislation, that you admitted that an error was made, that the currency was not concealed, and that membership would facilitate travel in your line of work, I have also decided on a period of ineligibility to NEXUS of 2 years following the PCMLTFA seizure action. This ineligibility period is intended to serve as sufficient deterrent to prevent such an occurrence from taking place again in the future, as well as to maintain the integrity of the program and its legislative intent.

Please note that any future non-compliance may result in the cancellation of your membership for up to 6 years.

[49] I pause here to note that the senior program advisor actually extended a greater degree of mitigation to the applicant than had been recommended in a case synopsis and draft reasons for decision that were prepared for the officer's consideration. The author(s) of these documents had recommended that the applicant should not be permitted to reapply for NEXUS membership until April 28, 2024. This recommendation was based on when, with the passage of time and assuming future compliance, the applicant's points total in the Integrated Customs Enforcement System (ICES) database would be reduced to a certain level. (What that level was expected to be and what would otherwise happen at that point is redacted from the record on this application.) The case synopsis and the draft reasons for decision will be discussed further below.

[50] The senior program advisor concludes this part of the decision by explaining how the applicant can challenge these determinations.

#### IV. STANDARD OF REVIEW

[51] As already noted, the applicant challenges both the process by which the senior program advisor made his decision and the substance of that decision.

[TRADUCTION] Bien que l'on s'attende à ce que, en tant qu'adhérent à NEXUS, vous connaissiez les exigences de déclaration, les conséquences possibles des manquements à la LRPCFAT et les modalités du programme NEXUS, étant donné que vous avez un historique de conformité aux lois frontalières, que vous avez admis avoir commis une erreur, que les espèces n'ont pas été dissimulées et que l'adhésion à NEXUS faciliterait les déplacements dans votre domaine de travail, j'ai aussi opté pour une période d'inadmissibilité de deux ans à NEXUS après la saisie en vertu de la LRPCFAT. Cette période d'inadmissibilité sera là pour décourager suffisamment tout autre manquement en ce sens dans l'avenir, ainsi que pour la sauvegarde de l'intégrité du programme et de l'intention du législateur.

À noter que tout futur cas de non-conformité pourrait mener à l'annulation de votre adhésion pour une période allant jusqu'à six ans.

[49] Je m'arrête ici pour faire remarquer que le conseiller principal en matière de programmes a accordé un allègement plus important que ce qui était recommandé dans le résumé du cas et dans l'ébauche de motifs de décision qui lui avaient été soumis. Le ou les auteurs de ces documents avaient recommandé que le demandeur ne puisse demander à être réadmis au programme NEXUS avant le 28 avril 2024. Cette recommandation était fonction du moment où, avec le temps et sans autre contravention du demandeur, le nombre total de points de ce dernier dans le Système intégré d'exécution des douanes (SIED) serait réduit à un certain niveau. (Le dossier caviardé de la présente demande reste muet quant au niveau qui était prévu, et sur ce qui se passerait autrement alors.) Il sera question plus loin du résumé du cas et de l'ébauche de motifs de décision.

[50] Le conseiller principal en matière de programmes a conclu cette partie de la décision en expliquant comment le demandeur pourrait contester les décisions prises.

#### IV. LA NORME DE CONTRÔLE

[51] Comme il a été mentionné, le demandeur conteste à la fois le processus et le fond de la décision prise par le conseiller principal en matière de programmes.

[52] With respect to process, there is no dispute in the present case about how a reviewing court should determine whether the requirements of procedural fairness were met. The reviewing court must conduct its own analysis of the process followed by the decision maker and determine whether it was fair having regard to all the relevant circumstances, including those identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraphs 21–28: see *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraph 54 and *Elson v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 27, at paragraph 31. This is functionally the same as applying the correctness standard of review: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 34 and 50; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraph 54; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43. That being said, invoking a standard of review is somewhat beside the point (*Canadian Pacific Railway Co.*, at paragraphs 50–55). This is because, at the end of the day, what matters “is whether or not procedural fairness has been met” (*Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 35). The burden is on the applicant to demonstrate that it was not.

[53] With respect to the substance of the decision, the parties agree, as do I, that it should be reviewed on a reasonableness standard. In its pre-*Vavilov* jurisprudence, this Court consistently applied a reasonableness standard to decisions relating to the cancellation of NEXUS membership: see, for example, *Sadana v. Canada (Public Safety)*, 2013 FC 1005, at paragraph 10, and *Sodhi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 145, at paragraph 15. Reasonableness is now the presumptive standard of review for administrative decisions, subject to specific exceptions “only where required by a clear indication of legislative intent or by the rule of law” (*Vavilov*, at paragraph 10). There is no basis for derogating from this presumption here.

[52] En ce qui concerne le processus, les parties en l'espèce sont du même avis quant à la question de savoir comment la cour de révision devrait juger si les exigences en matière d'équité procédurale ont été respectées. La cour de révision doit procéder à sa propre analyse du processus suivi par le décideur et établir s'il était équitable compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris celles mentionnées dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28 : voir *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, au paragraphe 54 et *Elson c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 27, au paragraphe 31. En pratique, il s'agit de la même chose que d'appliquer la norme de contrôle de la décision correcte : voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 34 et 50; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, au paragraphe 54; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43. Cela dit, invoquer une norme de contrôle n'est pas vraiment pertinent en l'espèce (voir *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada*, aux paragraphes 50 à 55). Il en est ainsi, parce que, « [c]e qui importe, en fin de compte, c'est de savoir si l'équité procédurale a été respectée ou non » (*Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 35). Il incombe au demandeur de démontrer qu'elle n'a pas été respectée.

[53] Pour ce qui est du fond de la décision, les parties conviennent, tout comme moi, que la présente affaire doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable. Dans ses décisions antérieures à l'arrêt *Vavilov*, la Cour a invariablement appliqué la norme de la décision raisonnable aux décisions liées à l'annulation de l'adhésion au programme NEXUS : voir, par exemple, *Sadana c. Canada (Sécurité publique)*, 2013 CF 1005, au paragraphe 10 et *Sodhi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 145, au paragraphe 15. Il est maintenant présumé que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique aux décisions administratives, à certaines exceptions près. « Les cours de révision ne devraient déroger à cette présomption que lorsqu'une

[54] Reviewing administrative decisions on a reasonableness standard “aims to give effect to the legislature’s intent to leave certain decisions with an administrative body while fulfilling the constitutional role of judicial review to ensure that exercises of state power are subject to the rule of law” (*Vavilov*, at paragraph 82).

[55] The requirement that an administrative decision be reasonable follows from the fundamental principle that the exercise of public power “must be justified, intelligible and transparent, not in the abstract but to the individuals subject to it” (*Vavilov*, at paragraph 95). Thus, an administrative decision maker has a responsibility “to justify to the affected party, in a manner that is transparent and intelligible, the basis on which it arrived at a particular conclusion” (*Vavilov*, at paragraph 96).

[56] A reasonable decision “is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at paragraph 85). The reviewing court should focus on “the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome” (*Vavilov*, at paragraph 83). The court “must develop an understanding of the decision maker’s reasoning process in order to determine whether the decision as a whole is reasonable. To make this determination, the reviewing court asks whether the decision bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at paragraph 99). A decision bearing these qualities is entitled to deference from a reviewing court.

[57] The burden is on the applicant to demonstrate that the decision is unreasonable. He must establish that “there are sufficiently serious shortcomings in the

indication claire de l’intention du législateur ou la primauté du droit l’exige » (*Vavilov*, au paragraphe 10). Il n’y a pas lieu de déroger cette présomption en l’espèce.

[54] L’application aux décisions administratives de la norme de contrôle de la décision raisonnable « vise à donner effet à l’intention du législateur de confier certaines décisions à un organisme administratif, tout en exerçant la fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire qui vise à s’assurer que l’exercice du pouvoir étatique est assujéti à la primauté du droit » (*Vavilov*, au paragraphe 82).

[55] L’exigence qu’une décision administrative soit raisonnable procède du principe fondamental selon lequel « l’exercice de tout pouvoir public doit être justifié, intelligible et transparent non pas dans l’abstrait, mais pour l’individu qui en fait l’objet » (*Vavilov*, au paragraphe 95). Ainsi, le décideur administratif a l’« obligation de justifier, de manière transparente et intelligible pour la personne visée, le fondement pour lequel il est parvenu à une conclusion donnée » (*Vavilov*, au paragraphe 96).

[56] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). La cour de révision « doit s’intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision » (*Vavilov*, au paragraphe 83). « La cour de révision doit s’assurer de bien comprendre le raisonnement suivi par le décideur afin de déterminer si la décision dans son ensemble est raisonnable. Elle doit donc se demander si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, au paragraphe 99). Une décision présentant ces qualités a droit à la déférence de la cour de révision.

[57] Il incombe au demandeur de démontrer que la décision est déraisonnable. Il doit établir que celle-ci « souffre de lacunes graves à un point tel qu’on ne peut

decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency” (*Vavilov*, at paragraph 100).

## V. ANALYSIS

### A. Introduction—Clarifying the Scope of this Application

[58] As set out above, the Recourse Directorate proceeded on the basis that the applicant had sought a decision with respect to whether he contravened the PCMLTFA as well as a review of the cancellation of his NEXUS membership. The senior program advisor concluded that the applicant had contravened the PCMLTFA. He also upheld the cancellation of the applicant’s NEXUS membership. The applicant had the option of challenging both decisions but each had to be challenged by a different route. The finding that he contravened the PCMLTFA could only be challenged through an appeal by way of an action in this Court: see section 30 of the PCMLTFA. On the other hand, the decision upholding the cancellation of his NEXUS membership could only be challenged by way of an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*. Further, to challenge the penalty assessed for the contravention of the PCMLTFA would also require an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[59] The applicant has only sought judicial review of the decision upholding the cancellation of his NEXUS membership. He did not appeal the finding that he contravened the PCMLTFA, nor did he seek judicial review of the associated penalty. Consequently, this finding must be presumed to be legally and factually sound. As such, it provides important context for the determination upholding the cancellation of the applicant’s NEXUS membership. This will be discussed further below.

[60] The applicant himself did not provide an affidavit in support of this application but it is readily apparent from the background summarized above that

pas dire qu’elle satisfait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence » (*Vavilov*, au paragraphe 100).

## V. ANALYSE

### A. Introduction — Clarification de la portée de la présente demande

[58] Comme il a été mentionné, la Direction des recours a procédé en tenant pour acquis que le demandeur sollicitait à la fois une décision sur la question de savoir s’il avait contrevenu à la LRPCFAT et un contrôle sur l’annulation de son adhésion au programme NEXUS. Le conseiller principal en matière de programmes a conclu que le demandeur avait contrevenu à la LRPCFAT. Il a également confirmé l’annulation de l’adhésion du demandeur au programme NEXUS. Le demandeur avait la possibilité de contester les deux décisions, mais la contestation devait dans ce cas emprunter deux voies différentes. D’une part, la conclusion selon laquelle il avait contrevenu à la LRPCFAT pouvait seulement être contestée par voie d’appel devant la Cour (voir l’article 30 de la LRPCFAT). D’autre part, la décision de maintenir l’annulation de l’adhésion au programme NEXUS pouvait être contestée par voie de demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. De plus, la contestation de la pénalité imposée pour contravention à la LRPCFAT devait se faire par voie de demande de contrôle judiciaire en vertu de ce même article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[59] Le demandeur a seulement demandé le contrôle judiciaire de la confirmation de l’annulation de son adhésion à NEXUS. Il n’a pas interjeté appel de la conclusion selon laquelle il avait contrevenu à la LRPCFAT, ni ne sollicitait le contrôle judiciaire de la pénalité imposée. Par conséquent, cette conclusion devait être présumée valide en droit et en fait. Elle apporte un contexte important à la décision de maintenir l’annulation de l’adhésion au programme NEXUS. Il en sera question plus loin.

[60] Le demandeur lui-même n’a pas produit d’affidavit à l’appui de sa demande, mais il ressort d’emblée du contexte que nous venons de résumer que ses

his concerns relate not only to the cancellation of his NEXUS membership but also his susceptibility to referral to secondary examination whenever he returns to Canada. A number of his complaints on this application relate to the unfairness and the unreasonableness of this latter state of affairs and the failure of the senior program advisor to address them in his decision. These concerns may be genuine but they cannot be allowed to distort the issues properly before the Court.

[61] The applicant has not challenged either the finding that he contravened the PCMLTFA or the imposition of the \$250 penalty but he does purport to seek judicial review “of the additional punishments imposed by the Minister above and beyond the applicable penalty imposed under the Currency Reporting Regulations.” According to the applicant, these “additional punishments” are the cancellation of his NEXUS membership and his flagging in the ICES database, which in turn results in referrals for secondary inspection. Without necessarily agreeing with the applicant that the cancellation of his NEXUS membership is a “punishment” for contravening the PCMLTFA, there is no question that it was the result of a decision separate and apart from the finding that he contravened the PCMLTFA. Consequently, the decision upholding the cancellation can be challenged in this Court even though no issue is taken with the finding on which it is based—namely, that the applicant contravened the PCMLTFA.

[62] On the other hand, the flagging of the applicant for secondary inspection is an automatic, collateral consequence of the enforcement action on October 28, 2019: see *Chen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FCA 170, at paragraphs 42–45. That action was confirmed by the finding that the applicant contravened the PCMLTFA. Since this finding is not being contested, there is no basis upon which the Court could interfere with the flagging that resulted from the original enforcement action. Simply put, in the absence of an appeal under section 30 of the PCMLTFA, the issue of the applicant’s susceptibility to referral to secondary examination is not before the Court and the applicant’s complaints about these referrals are misplaced.

préoccupations ont à voir non seulement avec l’annulation de son adhésion au programme NEXUS, mais aussi avec la possibilité de subir une inspection secondaire chaque fois qu’il rentre au Canada. Un certain nombre de ses doléances dans sa demande portent sur le caractère inéquitable et déraisonnable de cet état de choses et du défaut du conseiller principal en matière de programmes d’en tenir compte dans sa décision. Ces préoccupations peuvent être réelles, mais ne doivent pas venir déformer les questions dont la Cour est dûment saisie.

[61] Le demandeur n’a contesté ni la conclusion de contravention à la LRPCFAT ni l’imposition de la pénalité de 250 \$, mais il sollicite bel et bien un contrôle judiciaire [TRADUCTION] « quant aux peines supplémentaires imposées par le ministre en plus des pénalités prévues par le Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets ». D’après lui, ces [TRADUCTION] « peines supplémentaires » sont l’annulation de son adhésion au programme NEXUS et son signalement dans la base de données SIED, lesquels ont pour conséquence un cortège d’inspections secondaires. Sans convenir nécessairement avec le demandeur que l’annulation de l’adhésion au programme NEXUS est une [TRADUCTION] « peine » pour manquement à la LRPCFAT, nul doute qu’elle découle d’une décision distincte de celle de la conclusion selon laquelle il a contrevenu à la LRPCFAT. C’est pourquoi la décision de maintenir l’annulation peut être contestée devant la Cour sans remise en question de la conclusion sur laquelle elle repose, soit celle de contravention à la LRPCFAT.

[62] Par ailleurs, il faut dire que le signalement du demandeur à des fins d’inspection secondaire est une conséquence automatique et indirecte de la mesure d’exécution prise le 28 octobre 2019 (voir *Chen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CAF 170, aux paragraphes 42 à 45). Cette mesure a été confirmée par la conclusion selon laquelle le demandeur avait contrevenu à la LRPCFAT. Comme cette conclusion n’est pas contestée, rien ne permet à la Cour d’intervenir relativement au signalement qui découle de la mesure d’exécution initiale. En d’autres termes, faute d’un appel fondé sur l’article 30 de la LRPCFAT, la Cour n’est pas saisie de la question du renvoi possible du demandeur en inspection secondaire et les doléances du demandeur au sujet des inspections secondaires n’ont pas leur place ici.



B. Were the Requirements of Procedural Fairness Breached?

[63] In *Baker*, the Supreme Court of Canada held that “the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker” (at paragraph 22). Further, the values underlying the duty of fairness “relate to the principle that the individual or individuals affected should have the opportunity to present their case fully and fairly, and have decisions affecting their rights, interests, or privileges made using a fair, impartial, and open process, appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision” (at paragraph 28).

[64] The common law duty of procedural fairness is “flexible and variable” (*Baker*, at paragraph 22). Several factors must be considered in determining what is required in the specific context of a given case, including: (1) the nature of the decision being made; (2) the nature of the statutory scheme under which the decision is made; (3) the importance of the decision to the individual(s) affected; (4) the legitimate expectations of the party challenging the decision; and (5) the procedures followed by the decision maker itself and its institutional constraints (*Baker*, at paragraphs 21–28).

[65] There is no dispute in the present case that the requirements of procedural fairness entitled the applicant to know the case he had to meet in seeking a review of the cancellation of his NEXUS membership and that he be given a reasonable opportunity to make his case. With respect to the first requirement, there is no suggestion that the applicant did not know the case he had to meet in challenging the decision to cancel his NEXUS membership. The pre-decision correspondence from the Recourse Directorate summarized above fully set out the applicable legal context of the decision as well as the CBSA’s understanding of the relevant facts.

B. Y a-t-il eu manquement aux règles d’équité procédurale?

[63] Dans l’arrêt *Baker*, la Cour suprême du Canada a conclu que « les droits de participation faisant partie de l’obligation d’équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d’une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que les éléments de preuve de sorte qu’ils soient considérés par le décideur » (au paragraphe 22). De plus, « [l]es valeurs qui sous-tendent l’obligation d’équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d’un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision » (au paragraphe 28).

[64] Le devoir d’équité procédurale en common law est « souple et variable » (*Baker*, au paragraphe 22). Plusieurs facteurs doivent entrer en ligne de compte au moment de décider des aspects à retenir dans le contexte particulier d’une affaire : 1) la nature de la décision recherchée; 2) la nature du régime dans le cadre duquel la décision a été rendue; 3) l’importance de la décision pour la ou les personnes visées; 4) les attentes légitimes de la partie qui conteste la décision, et 5) les procédures que le décideur a lui-même suivies ainsi que ses contraintes institutionnelles (*Baker*, aux paragraphes 21 à 28).

[65] Il n’est pas contesté dans la présente affaire que, du fait des exigences d’équité procédurale, le demandeur avait le droit de connaître la preuve qu’il devait présenter aux fins du contrôle de l’annulation de son adhésion au programme NEXUS et de se voir accorder une possibilité raisonnable de présenter sa cause. En ce qui concerne la première exigence, rien n’indique que le demandeur ne connaissait pas la preuve qu’il devait présenter s’il contestait la décision d’annuler son adhésion au programme NEXUS. La correspondance de la Direction des recours antérieure à la décision que nous avons récapitulée décrit en détail le contexte juridique applicable à



The applicant contends, however, that he was not given a reasonable opportunity to make his case for why his NEXUS membership should not have been cancelled. This is because he was led to believe that he would have an opportunity to present additional submissions and supporting documentation yet the appeal was decided before he could do so.

[66] There are two fundamental problems with the applicant's position. First, the applicant has not provided any evidence on this application of what additional submissions or supporting documentation he intended to provide before the decision was made. Significantly, he did not provide an affidavit in which he described what he had intended to provide. Second, to the extent that what the applicant had intended to say can be gleaned from the note to file relating to his conversation with the senior appeals officer on May 28, 2020, the matters the applicant raised are immaterial, irrelevant, or had already been articulated in his earlier submissions. Any further information the applicant wished to present concerning the "legitimacy" of the funds in his possession on October 28, 2019, is immaterial because this was not in issue as far as the CBSA was concerned. The applicant's complaints about being referred to secondary examinations are irrelevant to the merits of the decision to cancel his NEXUS membership. And finally, there is no indication in the notes of this conversation that the applicant had anything new to provide in support of his position that he had made an innocent mistake in overlooking the funds in his carry-on bag.

[67] Drawing these two flaws in the applicant's position together, I acknowledge that in an earlier conversation on March 31, 2020, the applicant told the senior appeals officer that he wanted to "explain the events as they happened." At that point, the applicant had already done this three times: in his initial request for a review of the decision submitted on December 5, 2019; in his follow-up submission on January 17, 2020; and in his letter dated January 31, 2020. (The applicant also provided submissions on February 17, 2020, but they addressed other matters.) It is true that the decision was

la décision, ainsi que la compréhension qu'avait l'ASFC des faits pertinents. Le demandeur prétend cependant ne pas avoir eu une possibilité raisonnable de faire valoir sa cause, à savoir pourquoi son adhésion à NEXUS n'aurait pas dû être annulée. Il en est ainsi, car il avait été amené à croire qu'il aurait l'occasion de présenter des observations supplémentaires et des documents à l'appui, mais l'appel a été tranché avant qu'il puisse le faire.

[66] La thèse du demandeur souffre de deux problèmes fondamentaux. Premièrement, il n'avait donné aucune indication dans sa demande au sujet des observations supplémentaires ou des documents à l'appui qu'il avait l'intention de présenter avant que la décision ne soit prise. Fait important, il n'avait pas produit d'affidavit décrivant ce qu'il avait l'intention de produire. Deuxièmement, dans la mesure où on peut glaner ce qu'il avait l'intention de dire dans la note versée au dossier sur son entretien avec l'agente principale des appels le 28 mai 2020, les questions qu'il entendait soulever sont sans importance et sans pertinence, ou avaient déjà été formulées dans ses observations antérieures. Tout autre renseignement qu'il aurait désiré présenter au sujet de la [TRADUCTION] « légitimité » des fonds en sa possession le 28 octobre 2019 est sans importance, parce que cette question n'était pas en cause en ce qui concerne l'ASFC. Les doléances du demandeur au sujet de son renvoi en inspection secondaire sont sans pertinence quant au bien-fondé de la décision d'annuler son adhésion au programme NEXUS. Enfin, rien n'indique dans les notes de cet entretien que le demandeur avait quelque chose de nouveau à fournir à l'appui de sa position selon laquelle son oubli des espèces dans son bagage de cabine constituait une erreur de bonne foi.

[67] En combinant ces deux failles de la position du demandeur, je prends acte que, dans un entretien antérieur le 31 mars 2020, celui-ci avait dit à l'agente principale des appels vouloir [TRADUCTION] « expliquer les incidents comme ils s'étaient produits ». C'était alors la troisième fois qu'il affirmait une telle chose : il l'avait fait dans sa demande initiale de révision de la décision le 5 décembre 2019, dans ses observations en suivi le 17 janvier 2020 et dans sa lettre datée du 31 janvier 2020. (Il avait présenté des observations le 17 février 2020, mais elles portaient sur d'autres questions.) Il est vrai

made before the applicant could say anything more in the way of an explanation of “the events as they happened.” However, the applicant has not established that he had anything to say about the crux of his case against the cancellation of his NEXUS membership—that he had made an innocent mistake about the amount of cash he had with him on October 28, 2019—which he did not have an opportunity to communicate to the CBSA before the decision was made. In short, the applicant has not shown that he had anything new to say about why his NEXUS membership should not have been cancelled. As a result, he has not established that the requirements of procedural fairness were breached when the Recourse Directorate made the decision on the record that was before it.

[68] Finally, in his written submissions the applicant raised a number of objections to the procedure followed in determining that he had contravened the PCMLTFA. These were not pursued in oral argument. In any event, in the absence of an appeal under section 30 of the PCMLTFA, they are an impermissible collateral attack on that determination and are irrelevant to the issues that are before the Court.

### C. Is the Decision Unreasonable?

[69] The senior program advisor upheld the cancellation of the applicant’s NEXUS membership on the basis that his contravention of the PCMLTFA meant that he was not of good character, a requirement for membership in the program. The applicant’s principal submission under this heading is that there was no reasonable basis for the decision maker to uphold the cancellation of his NEXUS membership given that he accepted that the applicant made an honest mistake in failing to report the currency. While I see the issue as being more nuanced than this, I nevertheless agree with the applicant that the decision is unreasonable. This is because the determination that the applicant’s contravention of the PCMLTFA meant that he was not of good character lacks transparency, intelligibility and justification.

que la décision a été prise avant qu’il ne puisse proposer quelque chose de plus pour expliquer [TRADUCTION] « les incidents comme ils s’étaient produits ». Toutefois, il n’a pas établi qu’il avait quoi que ce soit à opposer sur le fond à l’annulation de son adhésion au programme NEXUS qu’il n’aurait pu communiquer à l’ASFC avant que la décision ne soit prise si ce n’est l’argument de l’erreur de bonne foi au sujet de la quantité d’espèces en sa possession le 28 octobre 2019. Bref, il n’a pas démontré avoir de nouveaux éléments à faire valoir à propos de la question à savoir pourquoi son adhésion au programme NEXUS n’aurait pas dû être annulée. Il n’a donc pas établi qu’il y avait eu manquement à l’équité procédurale lorsque la Direction des recours avait pris sa décision d’après le dossier dont elle disposait.

[68] Disons enfin que, dans ses observations écrites, le demandeur a soulevé un certain nombre d’objections relativement à la procédure suivie pour trancher la question de savoir s’il avait contrevenu à la LRPCFAT. Il n’en a rien repris dans ses arguments de vive voix. Quoi qu’il en soit et faute d’appel en vertu de l’article 30 de la LRPCFAT, cette contestation indirecte de la décision ne lui est pas permise et est sans pertinence pour les questions dont la Cour est saisie.

### C. La décision est-elle déraisonnable?

[69] Le conseiller principal en matière de programmes a confirmé l’annulation de l’adhésion du demandeur au programme NEXUS, au motif que sa contravention à la LRPCFAT signifiait qu’il n’avait pas bonne réputation, laquelle constitue une exigence pour l’adhésion à ce programme. L’observation principale du demandeur à cet égard est que le décideur n’avait aucun motif raisonnable de maintenir l’annulation de l’adhésion, puisqu’il a admis que le demandeur avait commis une erreur de bonne foi en ne déclarant pas les espèces. Bien que la question soit plus nuancée que ce qu’allègue le demandeur, je conviens avec lui que la décision est déraisonnable. Il en est ainsi, car je suis d’avis que la conséquence tirée de la contravention commise par le demandeur, soit qu’il n’avait plus bonne réputation, manque de transparence, d’intelligibilité et de justification.

[70] The applicant requests not only that the decision be set aside but also that the matter be returned to the Recourse Directorate with directions to find that he is of good character and to reinstate his NEXUS membership. As will become clear in what follows, I am not satisfied that this is the only reasonable outcome. Consequently, the appropriate remedy is to refer the matter back to the Recourse Directorate so that it may be reconsidered: see *Vavilov*, at paragraphs 139–142.

[71] The *Presentation of Persons (2003) Regulations* state that, among other things, to be eligible for membership in a trusted traveller program like NEXUS, one must be “of good character.” This term is not defined in the regulations or any related statute. In his decision, the senior program advisor articulates a certain understanding of what being of good character means in this context. To repeat for ease of reference, he states:

When defining the term “good character” for the purposes of the CBSA’s trusted traveller programs, applicants are assessed as to whether they pose a risk to the integrity of the programs. In doing so, an evaluation takes place of factors such as whether there has been an infraction of the laws of Canada and the U.S. and, in particular, the laws administered by the CBSA, which undermines the confidence of the CBSA that the applicant will comply with all the program requirements.

[72] What I take this to mean is that by requiring applicants for membership in a trusted traveller program like NEXUS to be of good character, the *Presentation of Persons (2003) Regulations* aim to screen out those who would pose a risk to the integrity of the program by abusing the privileges extended to them under the program. Simply put, someone must be trustworthy to be entitled to the privilege of membership in the program. Thus, to accept an applicant into the program, the CBSA (acting on behalf of the Minister) must be confident that the person will comply with all the program requirements, including presumably that they would comply with the laws governing travellers. This is a forward-looking determination, although the person’s past behaviour will be an important consideration. One potential reason the CBSA might lack the necessary

[70] Le demandeur réclame non seulement que la décision soit annulée, mais aussi que l’affaire soit renvoyée à la Direction des recours en vue d’une confirmation de sa bonne réputation et du rétablissement de son adhésion au programme NEXUS. Comme nous le verrons, je ne suis pas convaincu qu’il s’agit de la seule issue raisonnable. C’est pourquoi la réparation convenable consiste à renvoyer l’affaire à la Direction des recours pour qu’elle la réexamine (voir *Vavilov*, aux paragraphes 139 à 142).

[71] Le *Règlement de 2003 sur l’obligation de se présenter à un bureau de douane* prévoit notamment que la personne admissible à un programme des voyageurs dignes de confiance comme NEXUS « jouit d’une bonne réputation ». Ce terme n’est défini ni dans le règlement ni dans des lois connexes. Dans sa décision, le conseiller principal en matière de programmes explicite une certaine compréhension de ce que signifie dans ce contexte jouir d’une bonne réputation. Je répète par commodité :

[TRADUCTION] Selon la définition du terme « bonne réputation » aux fins des programmes des voyageurs dignes de confiance de l’ASFC, les demandeurs font l’objet d’une évaluation quant au risque qu’ils peuvent présenter pour l’intégrité des programmes. Divers facteurs entrent en ligne de compte, comme la commission d’une infraction aux lois du Canada et des États-Unis et, en particulier, aux lois appliquées par l’ASFC, laquelle mine l’assurance que peut avoir l’Agence que le demandeur se conformera à toutes les exigences de programme.

[72] D’après moi, cela signifie qu’en exigeant des personnes qui demandent à être admises à un programme des voyageurs dignes de confiance comme NEXUS qu’ils aient bonne réputation, le *Règlement de 2003 sur l’obligation de se présenter à un bureau de douane* vise à éliminer les gens qui risqueraient de nuire à l’intégrité du programme en abusant des privilèges qu’ils en reçoivent. En d’autres termes, il faut être digne de confiance pour accéder au privilège de l’adhésion à ce programme. Donc, pour admettre un demandeur au programme, l’ASFC (agissant au nom du ministre) doit avoir l’assurance que celui-ci se conformera à toutes les exigences du programme et, faut-il penser, aux lois régissant les voyageurs. C’est là une décision d’un caractère prospectif, bien que la conduite passée représente une importante considération. L’une des raisons pour laquelle l’ASFC

confidence is if, in the past, the person contravened a law of Canada or the United States, in particular a law that the CBSA itself administers. This is not an automatic disqualification, however. As the senior program advisor explains in the decision, a good character determination involves an evaluation of many factors that relate to whether the CBSA can have the requisite confidence in the person or not. Simply having contravened a law is not sufficient in and of itself to demonstrate that a person is not of good character. The contravention must be such that it “undermines the confidence of the CBSA that the applicant will comply with all the program requirements.” While the senior program advisor does not put it exactly this way, I would suggest that this is fundamentally a judgment-call on the part of the CBSA which must be made having regard to all of the circumstances of a given case.

[73] The applicant takes issue with aspects of the senior program advisor’s understanding of the good character requirement generally but it is not necessary to address this here. In my view, accepting for the sake of argument that the decision maker’s general understanding of the good character requirement is a reasonable one, the fundamental flaw in his decision is that he treats the applicant’s having contravened the PCMLTFA as a sufficient reason in and of itself to find that the applicant is not of good character. Crucially, apart from noting the fact that the applicant contravened the PCMLTFA, there is no explanation for *why* this caused the decision maker to lose confidence that the applicant would comply with all the requirements of the NEXUS program in the future. Perhaps if the applicant had intentionally failed to disclose the funds or had attempted to conceal the funds or if the funds were linked to money laundering or terrorist financing, no further explanation for why he was not trustworthy would be required. But this is not what the decision maker found. Rather, as articulated in the part of the decision dealing with the contravention of the PCMLTFA, the senior program advisor did not dispute that it was an honest mistake on the applicant’s part, that the funds were legitimate, or that it was an isolated incident. In these circumstances, some explanation of why one honest mistake caused the decision maker to lose

n’aurait pas la confiance nécessaire envers un demandeur est que, par le passé, ce dernier aurait contrevenu à une loi du Canada ou des États-Unis et, en particulier, à une loi que l’agence applique elle-même. Il ne s’agit pas d’un critère d’élimination automatique. Comme l’explique le conseiller principal en matière de programmes, un jugement quant à la bonne réputation emporte une évaluation des nombreux facteurs susceptibles d’influer sur la confiance que peut avoir ou non l’ASFC envers une personne. Une contravention à une loi ne suffit pas en soi à démontrer que quelqu’un ne jouit pas d’une bonne réputation. Le manquement doit être tel qu’il [TRADUCTION] « mine l’assurance que peut avoir l’Agence que le demandeur se conformera à toutes les exigences de programme ». Le conseiller principal en matière de programmes ne l’exprime pas de cette manière, mais je dirais que, fondamentalement, l’ASFC doit s’en remettre à son jugement, en tenant compte de toutes les circonstances de l’espèce.

[73] Le demandeur conteste certains aspects de la compréhension qu’a le conseiller principal de programmes de cette exigence de bonne réputation en général, mais il n’est pas nécessaire d’en traiter ici. À mon avis, si on accepte comme hypothèse que la compréhension générale qu’a le décideur du critère de la bonne réputation est raisonnable, le défaut fondamental de sa décision est qu’il considère la contravention du demandeur à la LRPCFAT comme une raison suffisante en soi pour conclure que ce dernier ne jouit pas d’une bonne réputation. Ce qui est primordial à part le fait que le demandeur ait contrevenu à la LRPCFAT, c’est qu’il n’y a aucune explication à savoir pourquoi cela a fait en sorte que le décideur s’est mis à douter que le demandeur se conforme aux exigences du programme NEXUS à l’avenir. Peut-être que, si le demandeur avait sciemment omis de divulguer les fonds ou avait tenté de les dissimuler, ou que les espèces en question étaient liées au blanchiment d’argent ou au financement d’activités terroristes, aucune autre explication ne serait nécessaire pour ce manque de confiance. Mais ce n’est pas ce que le décideur a conclu. Comme l’exprime la partie de la décision portant sur la contravention à la LRPCFAT, le conseiller principal en matière de programmes n’a pas contesté que le demandeur avait commis une erreur de bonne foi, ni que les fonds étaient légitimes, ni qu’il s’agissait d’un

confidence that the applicant would comply with the requirements of the program in the future was required.

[74] The respondent submits that any contravention of the PCMLTFA is a serious matter that justifies caution on the part of the CBSA and so there was no need for the senior program advisor to spell this out explicitly in his decision.

[75] I do not agree.

[76] It is indisputable that the objectives of the PCMLTFA, including implementing “specific measures to detect and deter money laundering and the financing of terrorist activities and to facilitate the investigation and prosecution of money laundering offences and terrorist activity financing offences”, are of the utmost public importance: see section 3 of the PCMLTFA; see also *Zeid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 539, 326 F.T.R. 219, at paragraph 55. Thus, there is a sense in which any contravention of the requirements of that Act (and related regulations) is a serious matter. Nevertheless, not all such contraventions are of equal gravity; some are more serious than others. The assessment of the seriousness of a given contravention depends on the sorts of circumstances identified by the senior program advisor in his decision, including whether the contravention was intentional or the result of an honest mistake, whether it was an isolated incident or part of a pattern of conduct, and whether there was any discernible connection between the funds in question and money laundering or the financing of terrorist activities. These factors are also relevant to an assessment of the risk of non-compliance in the future.

[77] In the present case, having weighed these factors, the senior program advisor evidently determined that the applicant’s contravention fell towards the less serious end of the scale. This assessment is consistent with his view of the circumstances of the contravention as discussed in detail in the first part of the decision. His

incident isolé. Dans ces circonstances, il fallait une certaine explication quant aux raisons pour lesquelles une erreur commise de bonne foi a eu pour conséquence que le décideur s’est mis à douter que le demandeur se conforme aux exigences du programme à l’avenir.

[74] Le défendeur soutient que toute contravention à la LRPCFAT est une question grave qui justifie que l’ASFC fasse preuve de prudence, ce qui rendait inutile toute précision à ce sujet dans la décision du conseiller principal en matière de programmes.

[75] Je ne suis pas de cet avis.

[76] Nul doute que la LRPCFAT vise notamment à « mettre en œuvre des mesures visant à détecter et à décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes » et que ces objectifs sont de la plus haute importance publique : voir l’article 3 de la LRPCFAT, ainsi que *Zeid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 539, au paragraphe 55. En un sens donc, toute contravention aux exigences de cette loi (et de ses règlements d’application) est une question grave. Il reste que ces contraventions ne sont pas toutes de la même gravité, certaines se révélant plus graves que les autres. L’appréciation de la gravité d’une contravention donnée dépend de la nature des circonstances relevées par le conseiller principal en matière de programmes dans sa décision, notamment quant aux questions de savoir si la contravention était intentionnelle ou constituait une erreur de bonne foi, si elle était un incident isolé ou un comportement habituel et s’il y avait un lien perceptible entre les fonds en question et le blanchiment d’argent ou le financement d’activités terroristes. Ces facteurs jouent également dans l’évaluation du risque de non-conformité à l’avenir.

[77] En l’espèce, le conseiller principal en matière de programmes a manifestement jugé, après avoir soupesé les facteurs mentionnés ci-dessus, que la contravention commise par le demandeur se situait à l’extrémité inférieure de l’échelle de gravité. Cette évaluation s’accorde avec sa vision des circonstances de la contravention,



favourable assessment of these factors was presumably why the senior program advisor decided to “extend mitigation” to the applicant in deciding that he should only have to wait for two years before he could apply for NEXUS membership again. However, having made this determination, it was incumbent on the decision maker to explain why the contravention nevertheless justified cancellation of the applicant’s NEXUS membership because it demonstrated that the applicant lacked good character. Specifically, it was incumbent on the decision maker to explain why an isolated, honest mistake by the applicant had caused him to lose confidence that the applicant would comply with the program requirements in the future.

[78] The need for such an explanation in this case is even more apparent when one considers a small but important change the senior program advisor made to the test for determining good character. In his decision, the senior program advisor explained that, to determine whether someone is of good character, “an evaluation takes place of factors such as whether there has been an infraction of the laws of Canada and the U.S. and, in particular, the laws administered by the CBSA, which undermines the confidence of the CBSA that the applicant will comply with all the program requirements.” In contrast, as articulated by the senior appeals officer in her letter to the applicant dated December 18, 2019, the determination of whether someone is of good character involves an evaluation of factors “such as whether there has been a *serious* infraction of the laws of Canada and the U.S. and, in particular, the laws administered by the CBSA, which undermines the confidence of the CBSA that the applicant will comply with all the program requirements” (emphasis added). This is a narrower test for ineligibility than the senior program advisor applied. (The same narrower test is also articulated in the case synopsis as well as the draft reasons for decision.) It is not necessary to determine whether the broader test applied by the senior program advisor is reasonable or not. For present purposes, what is important is that its breadth makes it even more important for there to be an explanation for why even a contravention of a law that is not serious demonstrates that a person is not of good character.

comme il l’explique en détail dans la première partie de la décision. Son appréciation favorable des facteurs était vraisemblablement la raison pour laquelle il avait voulu [TRADUCTION] « offrir un allègement » en décidant que le demandeur n’aurait à attendre que deux ans avant de demander sa réadmission au programme NEXUS. À la suite de cette décision, il incombait toutefois au décideur de dire pourquoi la contravention justifiait néanmoins l’annulation de l’adhésion du demandeur au programme NEXUS, au motif qu’elle démontrait qu’il n’avait pas bonne réputation. Plus précisément, il lui incombait de dire pourquoi une erreur isolée commise de bonne foi par le demandeur lui faisait douter que celui-ci se conforme à l’avenir aux exigences du programme.

[78] La nécessité d’une telle explication en l’espèce est encore plus patente lorsque l’on tient compte du fait que le conseiller principal en matière de programmes a apporté un léger, mais important, changement au critère de détermination de la bonne réputation. Dans sa décision, il explique que, au moment d’établir si quelqu’un a bonne réputation, [TRADUCTION] « [d]ivers facteurs [d’évaluation] entrent en ligne de compte, comme la commission d’une infraction aux lois du Canada et des États-Unis et, en particulier, aux lois appliquées par l’ASFC, laquelle mine l’assurance que peut avoir l’Agence que le demandeur se conformera à toutes les exigences de programme ». En revanche et comme l’exprime l’agente principale des appels dans sa lettre du 18 décembre 2019 au demandeur, la détermination de la bonne réputation consiste en une évaluation de facteurs [TRADUCTION] « comme la commission d’une infraction *grave* aux lois du Canada et des États-Unis et, en particulier, aux lois appliquées par l’ASFC, laquelle mine l’assurance que peut avoir l’Agence que le demandeur se conformera à toutes les exigences de programme » [non souligné dans l’original]. Il s’agit d’un critère d’inadmissibilité plus étroit que celui qu’a appliqué le conseiller principal en matière de programmes. (Le même critère plus étroit est formulé dans le résumé du cas et l’ébauche de motifs de décision.) Il n’est pas nécessaire d’établir si le critère plus large appliqué par le conseiller principal en matière de programmes est raisonnable ou non. Pour notre propos, ce qui importe, c’est que l’étendue même de ce critère fait qu’il est encore plus important qu’une explication soit donnée quant aux raisons pour lesquelles une personne



[79] The fact that he had made an honest mistake was a central concern raised by the applicant in his submissions to the Recourse Directorate. The senior program advisor engaged fully with this issue in explaining why the circumstances relied on by the applicant did not absolve him of responsibility for having contravened the PCMLTFA. However, that analysis does not assist in supporting the reasonableness of the decision to uphold the cancellation of the NEXUS membership. This is because the circumstances of the contravention (including that it was the result of an honest mistake) take on an entirely different significance with respect to the question of good character than they had with respect to whether a contravention had occurred. While they were irrelevant to whether there was a contravention, they are highly relevant to the assessment of the applicant's character and his trustworthiness generally. The senior program advisor explained clearly why those circumstances did not absolve the applicant of responsibility for contravening the PCMLTFA but the link he drew between the contravention and the question of the applicant's character was not supported by any analysis at all. It was entirely conclusory.

[80] The senior program advisor's failure to meaningfully grapple with this issue calls into question whether he was actually alert and sensitive to the matter before him (cf. *Vavilov*, at paragraph 128). There could well be a reasonable explanation for why the applicant's conduct caused the decision maker to lose confidence that he would comply with the requirements of the program in the future but it is not my role to speculate as to what it might be. The lack of any explanation on this critical issue leaves the decision lacking transparency, intelligibility and justification.

[81] This is not necessarily the end of the matter. As the Supreme Court of Canada emphasized in *Vavilov*, an administrative decision must be read against the

qui commet une contravention jugée non grave à la loi n'a plus bonne réputation.

[79] Le fait d'avoir commis une erreur de bonne foi était une préoccupation primordiale exprimée par le demandeur dans ses observations à la Direction des recours. Le conseiller principal en matière de programmes a pleinement traité de la question en exposant pourquoi les circonstances invoquées par le demandeur ne le dégageaient pas de la responsabilité de sa contravention à la LRPCFAT. Il reste que cette analyse n'accrédite en rien le caractère raisonnable de la décision de confirmer l'annulation de l'adhésion au programme NEXUS. Il en est ainsi, parce que les circonstances dans lesquelles la contravention a été commise (et notamment qu'il se soit agi d'une erreur de bonne foi) prennent un tout autre sens pour la question de la bonne réputation que pour la question de l'existence ou non d'une contravention. Les circonstances n'interviennent pas dans le second cas, mais jouent hautement comme facteur dans l'évaluation de la réputation du demandeur en général et de la confiance qu'il inspire. Le conseiller principal en matière de programmes a clairement exposé pourquoi ces mêmes circonstances ne dégageaient pas le demandeur de la responsabilité de sa contravention à la LRPCFAT, mais le lien qu'il établissait entre la contravention et la réputation du demandeur ne reposait sur aucun élément d'analyse. Ce rapprochement était tout à fait non étayé.

[80] Le défaut du conseiller principal en matière de programmes de s'attarder de façon significative à la question exhorte la Cour à se demander s'il a été effectivement attentif et sensible à l'affaire dont il était saisi (cf. *Vavilov*, au paragraphe 128). Il pourrait bien y avoir une explication raisonnable à savoir pourquoi la conduite du demandeur a amené le décideur à douter que celui-ci se conforme à l'avenir aux exigences du programme, mais il ne m'appartient pas de conjecturer sur ce qu'elle pourrait être. L'absence d'explication sur cette question primordiale fait que la décision manque de transparence, d'intelligibilité et de justification.

[81] La chose ne s'arrête cependant pas nécessairement là. Comme la Cour suprême du Canada l'a souligné dans l'arrêt *Vavilov*, une décision administrative

backdrop of the legal and factual context in which it was made. The decision must be read with sensitivity to its institutional setting as well as the history of the proceeding and the record as a whole: see *Vavilov*, at paragraphs 91–95. Doing so can help the reviewing court to understand the reasoning process followed by a decision maker in arriving at his or her conclusion, a key consideration in reasonableness review (cf. *Vavilov*, at paragraphs 84–85). Thus, while it is not open to a reviewing court to rewrite an administrative decision maker's reasons in order to cure every deficiency (cf. *Vavilov*, at paragraph 96), a court may, within certain limits, consider whether there are ways to fill an inferential gap in order to demonstrate that the decision is not unreasonable despite how it might appear if viewed in isolation. See, generally, *Delta Air Lines v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at paragraphs 22–28 and *Vavilov*, at paragraphs 96–98.

[82] Having regard to the legal and factual context of the decision at issue here, two potential ways to fill the critical gap in the senior program advisor's reasoning suggest themselves. One is to consider the case synopsis and the draft reasons for decision that were prepared for the decision maker's consideration. The other is to consider that the decision maker may be presumed to have experience and expertise in making assessments like the one at issue here. As I will explain, neither of these considerations is capable of filling the gap in the decision maker's reasoning without exceeding the proper limits of judicial review.

[83] Looking first at the case synopsis and the draft reasons for decision, after explaining the good character requirement in largely the same terms as the senior program advisor does in his decision (apart from the difference discussed above), the case synopsis continues as follows:

Upon review of the circumstances of enforcement action 3961-19-2647, it has been confirmed that the claimant committed a contravention of the Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act and

doit être interprétée par rapport au contexte juridique et factuel dans lequel était plongé le décideur. Elle doit l'être avec un certain égard envers le cadre institutionnel dans lequel elle a été rendue et l'historique de l'instance (*Vavilov*, aux paragraphes 91 à 95). Cela peut aider la cour de révision « à comprendre le fil du raisonnement suivi par le décideur pour en arriver à sa conclusion », ce qui est un facteur clé dans le contrôle du caractère raisonnable d'une décision (cf. *Vavilov*, aux paragraphes 84 à 85). Par conséquent, bien qu'il ne soit habituellement pas loisible à la cour de révision d'élaborer ses propres motifs pour appuyer la décision administrative et ainsi en corriger toute lacune (cf. *Vavilov*, au paragraphe 96), la cour peut, dans certaines limites, examiner s'il y a des façons de combler une lacune dans les inférences tirées afin de démontrer que la décision n'est pas déraisonnable, même si, lorsqu'on l'examine individuellement, elle peut sembler l'être. Voir généralement *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, aux paragraphes 22 à 28 et *Vavilov*, aux paragraphes 96 à 98.

[82] En ce qui concerne le contexte juridique et factuel de la décision en cause, il semble exister deux façons de remédier à la lacune critique dans le raisonnement du conseiller principal en matière de programmes. La première consiste à examiner le résumé du cas et l'ébauche de motifs de décision soumis au décideur. L'autre consiste à dire que le décideur peut être présumé avoir l'expérience et l'expertise nécessaires pour réaliser les évaluations comme celle en cause. Comme je l'expliquerai, aucune de ces façons de procéder ne peut combler la lacune présente dans le raisonnement du décideur sans dépasser les limites inhérentes au contrôle judiciaire.

[83] Examinons d'abord le résumé du cas et de l'ébauche de motifs de décision. Après avoir expliqué l'exigence de bonne réputation en grande partie dans les termes qu'emploie le conseiller principal en matière de programmes dans sa décision (sauf pour la différence déjà relevée), le résumé du cas contient les paragraphes suivants :

[TRADUCTION] Après examen des circonstances de la mesure d'exécution 3961-19-2647, il est confirmé que le demandeur a contrevenu à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités*

its Regulations, which is administered by the CBSA. Claimant has been a member [of the NEXUS program] since 2009. While the claimant maintains that when the agent asked him to show the \$9,000, he opened the inside zipper of his handbag and only then he realized he also had an envelope containing some Euros and USD equivalent to \$Cad 3,000 left from his previous trip that he forgot to remove from his bag which he usually keep [sic] at home in a safe. He attested that this was an honest mistake and oversight on his end and no hiding of information was intended and requested his NEXUS card be returned.

The circumstances of this non-compliance tends [sic] to undermine the CBSA's confidence that the claimant will comply with all program requirements. In order to uphold the integrity of the NEXUS program and the need to ensure domestic and international confidence in the NEXUS program, since enforcement action 3961-19-2647 remains on record, it is my opinion that applying discretion with respect to the cancellation of claimant's NEXUS membership would not be appropriate.

On this basis, it is recommended that the decision to cancel the claimant's NEXUS membership should be upheld. However, I recommend also remitting the NEXUS membership once the ICES points return to [redacted], as of April 28, 2024, which should serve as enough deterrent for future declarations.

[84] The draft reasons for decision (dated May 19, 2020), offers a similar analysis. After describing the circumstances of the October 28 2019, seizure and noting that the applicant maintained that the failure to report the currency was the result of an honest mistake and oversight on his part and that he never intended to hide information, the draft reasons state:

The non-report of the currency cannot be overlooked when determining good character. The circumstances of this non-compliance tends to undermine CBSA's confidence that you will comply with all program requirements. In order to uphold the integrity of the NEXUS program and the need to ensure domestic and international confidence in the NEXUS program, since the enforcement action 3961-19-2647 remains on record, the cancellation of your NEXUS membership is deemed to

*terroristes et à ses règlements d'application, dispositions qu'administre l'ASFC. Le demandeur est membre [du programme NEXUS] depuis 2009. S'il maintient que, à la demande faite par l'agent de montrer les 9 000 \$, il a ouvert la pochette intérieure à glissière de son bagage à main pour alors se rendre compte qu'il y avait là une enveloppe de son dernier déplacement contenant un certain nombre d'euros et l'équivalent en dollars américains de 3 000 dollars canadiens qu'il avait oublié de retirer de son sac qu'il garde normalement à la maison dans un coffre-fort. Il a attesté qu'il s'agissait d'une erreur de bonne foi et d'un oubli de sa part, qu'il n'avait pas l'intention de cacher de l'information et qu'il demandait à ce que sa carte NEXUS lui soit restituée.*

Les circonstances de cette non-conformité tendent à miner l'assurance que peut avoir l'ASFC que le demandeur se conformera à toutes les exigences de programme. Par souci d'intégrité du programme NEXUS et en raison de la nécessité d'entretenir la confiance dans ce programme au pays et à l'étranger, et comme la mesure d'exécution 3961-19-2647 demeure au dossier, je suis d'avis qu'il ne convient pas d'exercer un pouvoir discrétionnaire relativement à l'annulation de l'adhésion du demandeur à NEXUS.

Il est donc recommandé que la décision d'annulation de l'adhésion soit maintenue. Je recommande cependant de rétablir l'adhésion à NEXUS une fois que les points reviendront à [passage caviardé] dans le SIED à la date du 28 avril 2024, ce qui devrait être suffisamment dissuasif pour les déclarations futures.

[84] L'ébauche des motifs de décision (datée du 19 mai 2020) renferme une analyse semblable. Après avoir décrit les circonstances du 28 octobre 2019 ainsi que la saisie, et signalé que le demandeur maintenait que son défaut de déclarer des espèces était une erreur de bonne foi et un oubli, et qu'il n'avait jamais eu l'intention de cacher de l'information, le document contient le passage suivant :

[TRADUCTION] On ne peut passer outre à la non-déclaration des espèces dans la détermination de la bonne réputation. Les circonstances de cette non-conformité tendent à miner l'assurance que peut avoir l'ASFC que vous vous conformerez à toutes les exigences de programme. Par souci d'intégrité du programme NEXUS et en raison de la nécessité d'entretenir la confiance dans ce programme au pays et à l'étranger, et comme la mesure d'exécution 3961-19-2647 demeure au dossier,

be appropriate. However, you may reapply as of April 28, 2024, which should serve as an adequate deterrent for any future declarations.

[85] While the reasoning in these two documents is somewhat more explicit than that of the senior program advisor in his decision, it still does not assist in demonstrating that the decision is reasonable. I say this for two reasons. First, part of the rationale offered for maintaining the cancellation of the applicant's NEXUS membership is that it would undermine confidence in the integrity of the NEXUS program if the applicant retained his membership in the program while the enforcement action remained on his record. However, the senior program advisor did not adopt this rationale in his decision, no doubt because it has nothing to do with the applicant's character. Second, while a link is made between the non-compliance and the issue of the applicant's character, the reasoning in the two documents has the same critical gap as the senior program advisor's decision: there is no explanation for *why* the circumstances of the applicant's non-compliance tend to undermine the CBSA's confidence that, in the future, he will comply with all program requirements.

[86] Before leaving this consideration, I must stress that it should not be presumed that, as a general rule, draft reasons can or should be used to fill gaps in the reasons that were actually delivered by the decision maker. Particularly when, as is the case here, the decision maker has made substantive changes to the draft in the final decision, it would arguably be inappropriate to ground the reasonableness of the decision in reasons the decision maker did not adopt as his or her own. That being said, in the present case, even taking a liberal approach to the draft reasons as part of the context within which the decision was made, they do not support the reasonableness of the decision.

[87] Turning to the second consideration identified above, presumably the senior program advisor as well

l'annulation de votre adhésion à NEXUS est jugée appropriée. Toutefois, vous pouvez présenter une nouvelle demande à compter du 28 avril 2024, ce qui devrait être suffisamment dissuasif pour les déclarations futures.

[85] Bien que le raisonnement dans ces deux documents soit quelque peu plus explicite que celui du conseiller principal en matière de programmes dans sa décision, il n'aide toujours pas à démontrer que la décision est raisonnable, et ce, pour deux raisons. Premièrement, une partie de la justification de la confirmation de l'annulation de l'adhésion au programme NEXUS est que la confiance dans l'intégrité de ce programme serait minée si le demandeur demeurerait membre pendant que la mesure d'exécution restait à son dossier. Toutefois, le conseiller principal en matière de programmes n'a pas tenu ce raisonnement dans sa décision, sans doute parce qu'il n'a rien à voir avec la réputation du demandeur. Deuxièmement, bien qu'un lien soit établi entre la non-conformité et la question de la réputation du demandeur, le raisonnement dans les deux documents accuse la même lacune critique que la décision du conseiller principal en matière de programmes : il n'est pas dit pourquoi les circonstances de la non-conformité tendent à miner l'assurance que peut avoir l'ASFC que le demandeur se conformerait à l'avenir à toutes les exigences du programme.

[86] Avant de passer à un autre point, je dois souligner qu'il ne faut pas présumer que, de façon générale, une ébauche de motifs de décision peut combler les lacunes des motifs qui ont effectivement été rendus par le décideur ou devrait être utilisée à cette fin. On peut penser qu'il ne conviendrait pas de tirer une conclusion quant au caractère raisonnable de cette décision en invoquant des motifs que le décideur n'a pas faits siens, surtout lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le décideur apporte des modifications de fond à l'ébauche dans la décision finale. Cela dit, dans le cas qui nous occupe, même en adoptant l'approche libérale et en tenant l'ébauche de motifs pour une partie du contexte de la décision prise, cette dernière n'atteste pas du caractère raisonnable de la décision.

[87] Passons maintenant à la seconde considération relevée précédemment et présumons que le conseiller

as other CBSA officials who were part of the decision-making process have experience and expertise in the assessment of good character based on a person's past compliance (or lack thereof) with laws administered by the CBSA (cf. *Vavilov*, at paragraph 93). Why, then, could this not provide the missing basis for why the senior program advisor reached the conclusion he did?

[88] There are two problems with this approach. One is that this experience and expertise is not *demonstrated* in the reasons, as *Vavilov* requires. An explanation of the link between the applicant's conduct and the question of his good character would be one way of demonstrating this experience and expertise but this is precisely what is missing from the decision.

[89] The other problem is that even if this experience and expertise suggested that the past behaviour of travellers is a reliable predictor of future behaviour, this still begs the fundamental question. While past behaviour *can* be a reliable predictor of future behaviour, this is not always the case. People can and will change their behaviour in response to any number of different factors. All of the circumstances must be considered when determining how probative past behaviour is for how someone will behave in the future.

[90] In the present case, after everything that has happened as a result of the mistake he made on October 28, 2019, one might expect the applicant to be much more careful in the future. There may still be a reasonable basis for the senior program advisor to lack confidence that, in the future, the applicant would comply with all the requirements of the program but it was incumbent on him to explain what this was. The senior program advisor had to explain why, despite the fact that it would be reasonable to expect the applicant to be much more careful about complying with the PCMLTFA and other laws relating to travellers in the future, he nevertheless lacked confidence that the applicant would do so. He had to provide at least some explanation of how he linked

principal en matière de programmes et les autres agents de l'ASFC ayant participé au processus décisionnel ont l'expérience et l'expertise nécessaires en matière d'évaluation de la bonne réputation en fonction de la conformité (ou de la non-conformité) passée de quelqu'un avec les lois appliquées par l'ASFC (voir *Vavilov*, au paragraphe 93). Pourquoi alors cela ne pourrait-il pas constituer le fondement manquant de la conclusion tirée par le conseiller principal en matière de programmes?

[88] Cette façon d'aborder la question pose deux problèmes : d'abord, cette expérience et cette expertise ne sont pas établies dans les motifs, comme l'exige l'arrêt *Vavilov*. Une explication du lien entre la conduite du demandeur et la question de la bonne réputation serait un moyen d'établir cette expérience et cette expertise, mais c'est précisément ce qui manque dans la décision.

[89] L'autre problème est que, même si cette expérience et cette expertise donnaient à penser que la conduite passée des voyageurs permet de prédire de façon fiable le comportement futur, la question fondamentale subsiste. Le comportement passé peut permettre de prédire de façon fiable le comportement futur, mais ce n'est pas toujours le cas. Les gens peuvent changer leur comportement et le feront en fonction de différents facteurs. Toutes les circonstances doivent être prises en compte au moment de juger du caractère révélateur du comportement passé pour le comportement futur.

[90] Dans la présente affaire, on pourrait s'attendre à ce que le demandeur soit bien plus prudent à l'avenir, compte tenu des conséquences de l'erreur qu'il a commise le 28 octobre 2019. Le conseiller principal en matière de programmes peut encore avoir des motifs raisonnables de ne pas avoir confiance qu'à l'avenir, le demandeur se conformera à toutes les exigences du programme, mais il devait lui expliquer ces motifs. Il devait dire pourquoi, indépendamment du fait qu'il soit raisonnable de prévoir que le demandeur se souciera bien plus de respecter la LRPCFAT et les autres lois concernant les voyageurs, il continuait néanmoins à ne pas avoir confiance qu'il agirait en ce sens. Il devait au moins fournir une certaine explication du lien qu'il établissait entre le comportement passé

the applicant's past behaviour to his future behaviour through the assessment of his character. There may be an explanation that provides a reasonable basis for the senior program advisor's conclusion but he did not provide it. Once again, it is not the Court's role to speculate as to what it might be.

[91] In summary, one must read the senior program advisor's decision with sensitivity to the legal and institutional context in which it was made and in light of the record. Even doing so, the officer's chain of analysis contains a fundamental gap. There is no explanation for *why* the applicant's contravention of the PCMLTFA meant he was no longer of good character as this requirement is understood by the CBSA. This gap in the decision maker's reasoning leaves the decision to uphold the cancellation of the applicant's NEXUS membership lacking in transparency, intelligibility and justification.

## VI. CONCLUSION

[92] For these reasons, the application for judicial review of the decision upholding the cancellation of the applicant's membership in the NEXUS trusted traveller program is allowed with costs. The decision is set aside and the matter is remitted for reconsideration by a different decision maker.

### JUDGMENT IN T-783-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is allowed with costs.
2. The decision dated May 27, 2020, upholding the cancellation of the applicant's membership in the NEXUS trusted traveller program is set aside and the matter is remitted for reconsideration by a different decision maker.

et le comportement futur du demandeur dans l'évaluation de sa réputation. Il existe peut-être une explication qui constituerait un fondement raisonnable à la conclusion du conseiller principal en matière de programmes, mais ce dernier ne l'a pas donnée. Encore là, il n'appartient pas à la Cour de se livrer en conjectures sur ce qu'aurait pu être son explication.

[91] Pour résumer, il faut lire la décision du conseiller principal en matière de programmes en fonction du contexte juridique et institutionnel dans lequel elle a été prise et à la lumière du dossier. Même là, l'analyse à laquelle se livre l'agent contient une lacune fondamentale. Il n'a pas expliqué pourquoi la contravention du demandeur à la LRPCFAT signifiait qu'il n'avait plus bonne réputation au sens que donne l'ASFC à cette exigence. En raison de cette faille dans le raisonnement du décideur, sa décision de confirmer l'annulation de l'adhésion du demandeur au programme NEXUS manque de transparence, d'intelligibilité et de justification.

## VI. CONCLUSION

[92] Pour les motifs qui précèdent, la demande de contrôle judiciaire de la décision confirmant l'annulation de l'adhésion du demandeur au programme des voyageurs dignes de confiance NEXUS est accueillie avec dépens. La décision est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre décideur pour réexamen.

### JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-783-20

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens.
2. La décision du 27 mai 2020 confirmant l'annulation de l'adhésion du demandeur au programme NEXUS des voyageurs dignes de confiance est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre décideur pour réexamen.



## ANNEX

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, SC 2000, c 17, ss. 3, 12(1),(2),(3),(4), 18(1),(2), 25, 28, 29, 30(1).

**Object of Act****Object**

3 The object of this Act is

(a) to implement specific measures to detect and deter money laundering and the financing of terrorist activities and to facilitate the investigation and prosecution of money laundering offences and terrorist activity financing offences, including

(i) establishing record keeping and client identification requirements for financial services providers and other persons or entities that engage in businesses, professions or activities that are susceptible to being used for money laundering or the financing of terrorist activities,

(ii) requiring the reporting of suspicious financial transactions and of cross-border movements of currency and monetary instruments, and

(iii) establishing an agency that is responsible for ensuring compliance with Parts 1 and 1.1 and for dealing with reported and other information;

(b) to respond to the threat posed by organized crime by providing law enforcement officials with the information they need to deprive criminals of the proceeds of their criminal activities, while ensuring that appropriate safeguards are put in place to protect the privacy of persons with respect to personal information about themselves;

(c) to assist in fulfilling Canada's international commitments to participate in the fight against transnational crime, particularly money laundering, and the fight against terrorist activity; and

## ANNEXE

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, art. 3, 12(1),(2),(3),(4), 18(1),(2), 25, 28, 29, 30(1).

**Objet de la loi****Objet**

3 La présente loi a pour objet :

a) de mettre en œuvre des mesures visant à détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes, notamment :

(i) imposer des obligations de tenue de documents et d'identification des clients aux fournisseurs de services financiers et autres personnes ou entités qui se livrent à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession ou d'activités susceptibles d'être utilisées pour le recyclage des produits de la criminalité ou pour le financement des activités terroristes,

(ii) établir un régime de déclaration obligatoire des opérations financières douteuses et des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets,

(iii) constituer un organisme chargé du contrôle d'application des parties 1 et 1.1 et de l'examen de renseignements, notamment ceux portés à son attention au titre du sous-alinéa (ii);

b) de combattre le crime organisé en fournissant aux responsables de l'application de la loi les renseignements leur permettant de priver les criminels du produit de leurs activités illicites, tout en assurant la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant;

c) d'aider le Canada à remplir ses engagements internationaux dans la lutte contre le crime transnational, particulièrement le recyclage des produits de la criminalité, et la lutte contre les activités terroristes;

(d) to enhance Canada's capacity to take targeted measures to protect its financial system and to facilitate Canada's efforts to mitigate the risk that its financial system could be used as a vehicle for money laundering and the financing of terrorist activities.

...

## Reporting

### Currency and monetary instruments

**12 (1)** Every person or entity referred to in subsection (3) shall report to an officer, in accordance with the regulations, the importation or exportation of currency or monetary instruments of a value equal to or greater than the prescribed amount.

### Limitation

(2) A person or entity is not required to make a report under subsection (1) in respect of an activity if the prescribed conditions are met in respect of the person, entity or activity, and if the person or entity satisfies an officer that those conditions have been met.

### Who must report

(3) Currency or monetary instruments shall be reported under subsection (1)

(a) in the case of currency or monetary instruments in the actual possession of a person arriving in or departing from Canada, or that form part of their baggage if they and their baggage are being carried on board the same conveyance, by that person or, in prescribed circumstances, by the person in charge of the conveyance;

(b) in the case of currency or monetary instruments imported into Canada by courier or as mail, by the exporter of the currency or monetary instruments or, on receiving notice under subsection 14(2), by the importer;

(c) in the case of currency or monetary instruments exported from Canada by courier or as mail, by the exporter of the currency or monetary instruments;

(d) in the case of currency or monetary instruments, other than those referred to in paragraph (a) or imported or exported as mail, that are on board a conveyance arriving in or departing from Canada, by the person in charge of the conveyance; and

d) de renforcer la capacité du Canada de prendre des mesures ciblées pour protéger son système financier et de faciliter les efforts qu'il déploie pour réduire le risque que ce système puisse servir de véhicule pour le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes.

[...]

## Déclaration

### Déclaration

**12 (1)** Les personnes ou entités visées au paragraphe (3) sont tenues de déclarer à l'agent, conformément aux règlements, l'importation ou l'exportation des espèces ou effets d'une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire.

### Exception

(2) Une personne ou une entité n'est pas tenue de faire une déclaration en vertu du paragraphe (1) à l'égard d'une importation ou d'une exportation si les conditions réglementaires sont réunies à l'égard de la personne, de l'entité, de l'importation ou de l'exportation et si la personne ou l'entité convainc un agent de ce fait.

### Déclarant

(3) Le déclarant est, selon le cas :

a) la personne ayant en sa possession effective ou parmi ses bagages les espèces ou effets se trouvant à bord du moyen de transport par lequel elle arrive au Canada ou quitte le pays ou la personne qui, dans les circonstances réglementaires, est responsable du moyen de transport;

b) s'agissant d'espèces ou d'effets importés par messenger ou par courrier, l'exportateur étranger ou, sur notification aux termes du paragraphe 14(2), l'importateur;

c) l'exportateur des espèces ou effets exportés par messenger ou par courrier;

d) le responsable du moyen de transport arrivé au Canada ou qui a quitté le pays et à bord duquel se trouvent des espèces ou effets autres que ceux visés à l'alinéa a) ou importés ou exportés par courrier;

(e) in any other case, by the person on whose behalf the currency or monetary instruments are imported or exported.

#### Duty to answer and comply

(4) Every person arriving in or departing from Canada shall

(a) answer truthfully any questions asked by the officer in the performance of the officer's duties and functions under this Part; and

(b) if the person is arriving in or departing from Canada with any currency or monetary instruments in respect of which a report is made, on request of an officer, present the currency or monetary instruments that they are carrying or transporting, unload any conveyance or part of a conveyance or baggage and open or unpack any package or container that the officer wishes to examine.

...

#### Seizures

##### Seizure and forfeiture

**18 (1)** If an officer believes on reasonable grounds that subsection 12(1) has been contravened, the officer may seize as forfeit the currency or monetary instruments.

##### Return of seized currency or monetary instruments

(2) The officer shall, on payment of a penalty in the prescribed amount, return the seized currency or monetary instruments to the individual from whom they were seized or to the lawful owner unless the officer has reasonable grounds to suspect that the currency or monetary instruments are proceeds of crime within the meaning of subsection 462.3(1) of the *Criminal Code* or funds for use in the financing of terrorist activities.

...

##### Request for Minister's decision

**25** A person from whom currency or monetary instruments were seized under section 18, or the lawful owner of the currency or monetary instruments, may, within 90 days after the date of the seizure, request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice to the Minister in writing or by any other means satisfactory to the Minister.

...

e) dans les autres cas, la personne pour le compte de laquelle les espèces ou effets sont importés ou exportés.

#### Obligation de répondre et de se conformer

(4) Toute personne qui entre au Canada ou quitte le pays doit :

a) répondre véridiquement aux questions que lui pose un agent dans l'exercice des attributions que lui confère la présente partie;

b) si elle entre au Canada ou quitte le pays avec des espèces ou effets une fois la déclaration faite, à la demande de l'agent, lui présenter les espèces ou effets qu'elle transporte, décharger les moyens de transport et en ouvrir les parties et ouvrir ou défaire les colis et autres contenants que l'agent veut examiner.

[...]

#### Saisie

##### Saisie et confiscation

**18 (1)** S'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), l'agent peut saisir à titre de confiscation les espèces ou effets.

##### Mainlevée

(2) Sur réception du paiement de la pénalité réglementaire, l'agent restitue au saisi ou au propriétaire légitime les espèces ou effets saisis sauf s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il s'agit de produits de la criminalité au sens du paragraphe 462.3(1) du *Code criminel* ou de fonds destinés au financement des activités terroristes.

[...]

##### Demande de révision

**25** La personne entre les mains de qui ont été saisis des espèces ou effets en vertu de l'article 18 ou leur propriétaire légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre au moyen d'un avis écrit ou de toute autre manière que celui-ci juge indiquée de décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1).

[...]

**If there is no contravention**

**28** If the Minister decides that subsection 12(1) was not contravened, the Minister of Public Works and Government Services shall, on being informed of the Minister's decision, return the penalty that was paid, or the currency or monetary instruments or an amount of money equal to their value at the time of the seizure, as the case may be.

**If there is a contravention**

**29 (1)** If the Minister decides that subsection 12(1) was contravened, the Minister may, subject to the terms and conditions that the Minister may determine,

(a) decide that the currency or monetary instruments or, subject to subsection (2), an amount of money equal to their value on the day the Minister of Public Works and Government Services is informed of the decision, be returned, on payment of a penalty in the prescribed amount or without penalty;

(b) decide that any penalty or portion of any penalty that was paid under subsection 18(2) be remitted; or

(c) subject to any order made under section 33 or 34, confirm that the currency or monetary instruments are forfeited to Her Majesty in right of Canada.

The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to a decision of the Minister under paragraph (a) or (b) on being informed of it.

**Limit on amount paid**

**(2)** The total amount paid under paragraph (1)(a) shall, if the currency or monetary instruments were sold or otherwise disposed of under the *Seized Property Management Act*, not exceed the proceeds of the sale or disposition, if any, less any costs incurred by Her Majesty in respect of the currency or monetary instruments.

**Appeal to Federal Court**

**30 (1)** A person who makes a request under section 25 for a decision of the Minister may, within 90 days after being notified of the decision, appeal the decision by way of an action in the Federal Court in which the person is the plaintiff and the Minister is the defendant.

*Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412, ss. 2, 18(a).

**Cas sans contravention**

**28** Si le ministre décide qu'il n'y a pas eu de contravention au paragraphe 12(1), le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il est informé de la décision du ministre, restitue la valeur de la pénalité réglementaire, les espèces ou effets ou la valeur de ceux-ci au moment de la saisie, selon le cas.

**Cas de contravention**

**29 (1)** S'il décide qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), le ministre peut, aux conditions qu'il fixe :

a) soit restituer les espèces ou effets ou, sous réserve du paragraphe (2), la valeur de ceux-ci à la date où le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux est informé de la décision, sur réception de la pénalité réglementaire ou sans pénalité;

b) soit restituer tout ou partie de la pénalité versée en application du paragraphe 18(2);

c) soit confirmer la confiscation des espèces ou effets au profit de Sa Majesté du chef du Canada, sous réserve de toute ordonnance rendue en application des articles 33 ou 34.

Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en est informé, prend les mesures nécessaires à l'application des alinéas a) ou b).

**Limitation du montant versé**

**(2)** En cas de vente ou autre forme de disposition des espèces ou effets en vertu de la *Loi sur l'administration des biens saisis*, le montant de la somme versée en vertu de l'alinéa (1)a) ne peut être supérieur au produit éventuel de la vente ou de la disposition, duquel sont soustraits les frais afférents exposés par Sa Majesté; à défaut de produit de la disposition, aucun paiement n'est effectué.

**Cour fédérale**

**30 (1)** La personne qui a demandé, en vertu de l'article 25, que soit rendue une décision peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la communication de cette décision, en appeler par voie d'action à la Cour fédérale à titre de demandeur, le ministre étant le défendeur.

*Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets*, DORS/2002-412, art. 2, 18a).

**Reporting of Importations and Exportations****Minimum Value of Currency or Monetary Instruments**

**2 (1)** For the purposes of subsection 12(1) of the Act, the prescribed amount is \$10,000.

**(2)** The amount is in Canadian dollars, or in its equivalent in a foreign currency using

**(a)** the exchange rate that is published by the Bank of Canada for that foreign currency and that is in effect at the time of the importation or exportation; or

**(b)** if no exchange rate is published by the Bank of Canada for that foreign currency, the exchange rate that the person or entity would use in the ordinary course of business at the time of the importation or exportation.

...

**Penalties**

**18** For the purposes of subsection 18(2) of the Act, the prescribed amount of the penalty is

**(a)** \$250, in the case of a person or entity who

**(i)** has not concealed the currency or monetary instruments,

**(ii)** has made a full disclosure of the facts concerning the currency or monetary instruments on their discovery, and

**(iii)** has no previous seizures under the Act;

...

*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 11.1(1),(2),(3), 11.2(1),(2).

**Minister may authorize**

**11.1 (1)** Subject to the regulations, the Minister may issue to any person an authorization to present himself or herself in an alternative manner.

**Amendment, etc., of authorization**

**(2)** The Minister may, subject to the regulations, amend, suspend, renew, cancel or reinstate an authorization.

**Déclaration des importations et exportations****Valeur minimale des espèces ou effets**

**2 (1)** Pour l'application du paragraphe 12(1) de la Loi le montant réglementaire est 10 000 \$.

**(2)** Le montant est exprimé en dollars canadiens ou en son équivalent en devise selon :

**a)** le taux de change publié par la Banque du Canada pour la devise qui est en vigueur au moment de l'importation ou de l'exportation;

**b)** dans le cas où aucun taux de change n'est publié par la Banque du Canada pour la devise, le taux de change que la personne ou entité utiliserait dans le cours normal de ses activités au moment de l'importation ou de l'exportation.

[...]

**Pénalités**

**18** Pour l'application du paragraphe 18(2) de la Loi, le montant de la pénalité est de :

**a)** 250 \$, si la personne ou l'entité, à la fois :

**(i)** n'a pas dissimulé les espèces ou effets,

**(ii)** a divulgué tous les faits concernant les espèces ou effets au moment de leur découverte,

**(iii)** n'a fait l'objet d'aucune saisie antérieure en vertu de la Loi;

[...]

*Loi sur les douanes*, 1985 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 11.1(1),(2),(3), 11.2(1),(2).

**Autorisation du ministre**

**11.1 (1)** Sous réserve des règlements, le ministre peut accorder à quiconque une autorisation lui permettant de se présenter selon un mode substitutif.

**Modification, suspension, etc.**

**(2)** Le ministre peut, sous réserve des règlements, modifier, suspendre, renouveler, annuler ou rétablir une autorisation.

**Regulations**

(3) The Governor in Council may make regulations

(a) prescribing classes of persons who are, and classes of persons who may be, authorized to present themselves in alternative manners;

(b) respecting alternative manners of presentation;

(c) respecting the requirements and conditions that are to be met before authorizations may be issued;

(d) respecting the terms and conditions of authorizations;

(e) respecting the amendment, suspension, renewal, cancellation or reinstatement of authorizations; and

(f) respecting fees or the manner of determining fees to be paid for authorizations.

...

**Designation of customs controlled areas**

**11.2 (1)** The Minister may designate an area as a customs controlled area for the purposes of this section and sections 11.3 to 11.5 and 99.2 and 99.3.

**Amendment, etc. of designation**

(2) The Minister may amend, cancel or reinstate at any time a designation made under this section.

*Presentation of Persons (2003) Regulations, SOR/2003-323, ss. 5, 6.1, 22, 23.*

**Authorizations****CANPASS Air program**

**5 (1)** The Minister may issue an authorization to a person to present himself in an alternative manner described in paragraph 11(a) if the person

(a) is

(i) a citizen or permanent resident of Canada,

**Règlements**

(3) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements :

a) désignant les catégories de personnes qui sont autorisées à se présenter selon un mode substitutif et les catégories de personnes qui peuvent l'être;

b) prévoyant des modes substitutifs de présentation;

c) prévoyant les exigences et conditions à remplir pour qu'une autorisation puisse être accordée;

d) prévoyant les conditions des autorisations;

e) concernant la modification, la suspension, le renouvellement, l'annulation ou le rétablissement des autorisations;

f) concernant les droits à payer pour une autorisation, ou précisant le mode de détermination de ceux-ci.

[...]

**Désignation des zones de contrôle des douanes**

**11.2 (1)** Le ministre peut désigner des zones de contrôle des douanes pour l'application du présent article et des articles 11.3 à 11.5, 99.2 et 99.3.

**Modification, suppression, etc.**

(2) Le ministre peut modifier, supprimer ou rétablir en tout temps une désignation faite en vertu du présent article.

*Règlement de 2003 sur l'obligation de se présenter à un bureau de douane, DORS/2003-323, art. 5, 6.1, 22, 23.*

**Autorisations****Programme CANPASS Air**

**5 (1)** Le ministre peut accorder à la personne qui remplit les conditions ci-après l'autorisation de se présenter selon le mode substitutif prévu à l'alinéa 11a) :

a) selon le cas :

(i) elle est un citoyen ou résident permanent du Canada,



- |   |   |
|---|---|
| <p><b>(ii)</b> a citizen or permanent resident of the United States, or</p> <p><b>(iii)</b> a citizen of another country and the following conditions are met:</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(A)</b> the person is a member of a program in that country that allows for an alternative manner of presentation to facilitate or expedite entry into that country, and</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(B)</b> Canada has a reciprocal arrangement with that country, entered into under paragraph 13(2)(a) of the <i>Canada Border Services Agency Act</i>, in respect of the alternative manner of presentation;</p> <p><b>(b)</b> is of good character;</p> <p><b>(c)</b> is not inadmissible to Canada under the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> or its regulations;</p> <p><b>(d)</b> provides their consent in writing to the use by the Minister of biometric data concerning the person for the purposes set out in section 6.3;</p> <p><b>(e)</b> has provided true, accurate and complete information in respect of their application for the authorization; and</p> <p><b>(f)</b> subject to subsection (2), has resided only in one or more of the following countries during the three-year period before the day on which the application was received and until the day on which the authorization is issued:</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(i)</b> Canada or the United States,</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(ii)</b> if the person is serving as a member of the American armed forces in a foreign country, that foreign country,</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(iii)</b> if the person is a family member of a person who is a member of the Canadian or American armed forces serving in a foreign country, that foreign country, or</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(iv)</b> if the person is a family member of a person who is serving at a Canadian or American diplomatic mission or consular post in a foreign country, that foreign country.</p> | <p><b>(ii)</b> elle est un citoyen ou résident permanent des États-Unis,</p> <p><b>(iii)</b> elle est un citoyen d'un autre pays et les conditions ci-après sont remplies :</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(A)</b> elle est membre d'un programme dans ce pays qui autorise la présentation selon un mode substitutif y facilitant ou y accélérant l'entrée,</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(B)</b> le Canada a conclu avec ce pays, en vertu de l'alinéa 13(2)a) de la <i>Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada</i>, une entente réciproque concernant le mode substitutif de présentation;</p> <p><b>b)</b> elle jouit d'une bonne réputation;</p> <p><b>c)</b> elle n'est pas interdite de territoire en application de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> ou de ses règlements;</p> <p><b>d)</b> elle consent par écrit à l'utilisation par le ministre de toutes données biométriques la concernant aux fins prévues à l'article 6.3;</p> <p><b>e)</b> elle n'a pas fourni des renseignements faux, inexacts ou incomplets relativement à sa demande d'autorisation;</p> <p><b>f)</b> sous réserve du paragraphe (2), elle a résidé uniquement dans un ou plusieurs des pays ci-après pendant la période de trois ans précédant le jour de la réception de sa demande d'autorisation, et ce, jusqu'au jour de la délivrance de l'autorisation :</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(i)</b> le Canada ou les États-Unis,</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(ii)</b> si elle est déployée dans un pays étranger à titre de membre des forces armées des États-Unis, ce pays étranger,</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(iii)</b> si elle est un membre de la famille d'une personne qui est déployée dans un pays étranger à titre de membre des forces armées du Canada ou des États-Unis, ce pays étranger,</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>(iv)</b> si elle est un membre de la famille d'une personne qui est affectée à une mission diplomatique ou à un poste consulaire du Canada ou des États-Unis dans un pays étranger, ce pays étranger.</p> |
|---|---|

**Exception**

**(2)** Paragraph (1)(f) does not apply to

- (a)** a citizen of Canada or the United States;
- (b)** a person who is not a citizen of Canada or the United States and who meets the conditions set out in subparagraph (1)(a)(iii); and
- (c)** a child who is under 18 years of age and is a permanent resident of the following country and on behalf of whom an application is made by a person who meets the requirement set out in that paragraph:
  - (i)** Canada and was adopted outside Canada by a citizen or permanent resident of Canada or born outside Canada to a citizen of Canada, or
  - (ii)** the United States and was adopted outside the United States by a citizen or permanent resident of the United States or born outside the United States to a citizen of the United States.

...

**NEXUS program (air, land and marine)**

**6.1** The Minister may issue an authorization that is recognized in both Canada and the United States to a person, other than a commercial driver, to present themselves in the alternative manners described in paragraph 11(a), subparagraph 11(d)(ii) and paragraph 11(e) if the person

- (a)** meets the requirements set out in paragraphs 5(1)(a) to (f), subject to subsection 5(2);

...

**(b)** has their eligibility to obtain an American authorization to present themselves on arrival in the United States in the alternative manners described in paragraph 11(a), subparagraph 11(d)(ii) and paragraph 11(e) confirmed by the United States Department of Homeland Security; and

**(c)** provides a copy of their fingerprints and consents in writing to their use by the Minister for the purposes of identifying the person and performing background and criminal record checks on them.

**Exception**

**(2)** L'alinéa (1)f ne s'applique pas aux personnes suivantes :

- a)** tout citoyen du Canada ou des États-Unis;
- b)** toute personne qui n'est ni un citoyen du Canada ni un citoyen des États-Unis et qui remplit les conditions prévues au sous-alinéa (1)a)(iii);
- c)** les enfants de moins de dix-huit ans ci-après au nom de qui une demande est faite par une personne qui remplit la condition prévue à cet alinéa :
  - (i)** qui est un résident permanent du Canada et qui soit a été adopté à l'extérieur du Canada par un citoyen ou un résident permanent du Canada, soit est né à l'extérieur du Canada d'un citoyen du Canada,
  - (ii)** qui est un résident permanent des États-Unis et qui soit a été adopté à l'extérieur des États-Unis par un citoyen ou un résident permanent des États-Unis, soit est né à l'extérieur des États-Unis d'un citoyen des États-Unis.

[...]

**Programme NEXUS (modes aérien, terrestre et maritime)**

**6.1** Le ministre peut accorder à toute personne qui remplit les conditions ci-après, autre qu'un routier, l'autorisation, reconnue à la fois par le Canada et par les États-Unis, de se présenter à un poste frontalier selon les modes substitutifs prévus à l'alinéa 11a), au sous-alinéa 11d)(ii) et à l'alinéa 11e) :

- a)** elle remplit les conditions énoncées aux alinéas 5(1)a) à f), sous réserve du paragraphe 5(2);

[...]

**b)** son admissibilité à une autorisation américaine de se présenter à son arrivée aux États-Unis selon les modes substitutifs prévus à l'alinéa 11a), au sous-alinéa 11d)(ii) et à l'alinéa 11e) a été confirmée par le United States Department of Homeland Security;

**c)** elle fournit une copie de ses empreintes digitales et consent par écrit à l'utilisation de celles-ci par le ministre pour permettre son identification et vérifier ses antécédents et son casier judiciaire.

...

[...]

**Suspensions and Cancellations of Authorizations****Suspension et annulation de l'autorisation****Grounds****Motifs**

**22 (1)** The Minister may suspend or cancel an authorization if the person

**22 (1)** Les motifs de suspension ou d'annulation d'une autorisation par le ministre sont les suivants :

(a) no longer meets the requirements for the issuance of the authorization;

a) la personne autorisée ne remplit plus les conditions pour l'obtention de l'autorisation;

(b) has contravened the Act, the *Customs Tariff*, the *Export and Import Permits Act* or the *Special Import Measures Act*, or any regulations made under any of those Acts; or

b) elle a contrevenu à la Loi, au *Tarif des douanes*, à la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* ou à la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, ou à un règlement pris sous leur régime;

(c) has provided information that was not true, accurate or complete for the purposes of obtaining an authorization.

c) elle a fourni des renseignements faux, inexacts ou incomplets en vue d'obtenir une autorisation.

...

[...]

**Notice of suspension or cancellation****Avis de suspension ou d'annulation**

(3) Immediately after cancelling or suspending an authorization of a person, the Minister shall send written notice of, and the reasons for, the cancellation or suspension to the person at their latest known address.

(3) Le ministre transmet sans délai à la personne autorisée dont il suspend ou annule l'autorisation, à sa dernière adresse connue, un avis écrit et motivé l'informant de la suspension ou de l'annulation.

**Return of authorization****Remise de l'autorisation écrite**

(4) A person whose authorization is cancelled or suspended shall

(4) La personne autorisée dont l'autorisation est suspendue ou annulée :

(a) on receiving a notice under subsection (3), immediately and in accordance with it, return to the Minister the written authorization and any other thing relevant to the authorization that is specified in the notice; or

a) soit, sur réception de l'avis, remet sans délai au ministre, conformément à l'avis, l'autorisation et toute chose s'y rattachant qui est indiquée dans celui-ci;

(b) on being advised of the suspension or cancellation in person by an officer, immediately return to the officer the written authorization and any other thing relevant to it that is specified by the officer.

b) soit, si elle en est avisée en personne par un agent, remet sans délai à celui-ci l'autorisation et toute chose s'y rattachant que précise l'agent.

**Effective date of suspension or cancellation****Application de la suspension ou de l'annulation**

(5) The suspension or cancellation of an authorization becomes effective on the earlier of the day on which an officer advises in person of the suspension or cancellation and 15 days after the day on which notice of the suspension or cancellation is sent.

(5) La suspension ou l'annulation de l'autorisation s'applique quinze jours après l'envoi de l'avis ou, s'il est antérieur, le jour où un agent en avise en personne la personne autorisée.

**Review**

**23** A person whose application for an authorization is rejected or whose authorization is suspended or cancelled may request a review of the decision by sending written notice of their request to the Minister within 30 days after the day on which the application was rejected or the cancellation or suspension becomes effective.

**Révision**

**23** La personne dont la demande d'autorisation est refusée ou dont l'autorisation est suspendue ou annulée peut demander la révision de la décision en transmettant un avis écrit au ministre dans les trente jours suivant le jour du refus ou celui où s'applique la suspension ou l'annulation.

A-312-19  
2021 FCA 86

A-312-19  
2021 CAF 86

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Le procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**Dr. David Kattenberg and Psagot Winery Ltd.**  
(*Respondents*)

**Dr. David Kattenberg et Psagot Winery Ltd.** (*intimés*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KATTENBURG**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. KATTENBURG**

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Boivin and Rivoalen J.J.A.—By videoconference; Ottawa, May 5, 2021.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Boivin et Rivoalen, J.C.A.—Par vidéoconférence; Ottawa, 5 mai 2021.

*Food and Drugs — Labelling — Appeal from Federal Court decision setting aside decision of Canadian Food Inspection Agency, Complaints and Appeals Office (Agency) holding that “Product of Israel” labels on wines produced in West Bank complied with Canadian labelling legislation — Federal Court holding that labels false, misleading, deceptive — Agency interpreting, applying labelling requirements under Food and Drugs Act, Consumer Packaging and Labelling Act — Language in Canada-Israel Free Trade Agreement (CIFTA) not indicating that occupied territories part of Israel — Canada equating goods from territory where “Israel’s customs laws are applied” to goods originating in “Israel or another CIFTA beneficiary” — This distinction in line with Canada’s official position not to recognize occupied territories as part of Israel — Agency’s interpretation not consistent with text, context, purpose of legislation — Not possible to determine how Agency construed its legislation in coming to conclusion that labels compliant, including how pivotal issues addressed — Matter remitted to Agency — Appeal dismissed.*

*Aliments et Drogues — Étiquetage — Appel visant un jugement de la Cour fédérale, qui a annulé la décision du Bureau des plaintes et des appels de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’Agence) selon laquelle des étiquettes comportant la mention [traduction] « “Produit d’Israël” » apposées sur des vins produits en Cisjordanie étaient conformes aux lois canadiennes sur l’étiquetage — La Cour fédérale a conclu que les étiquettes étaient fausses, trompeuses et mensongères — L’Agence a interprété et appliqué les exigences en matière d’étiquetage prévues dans la Loi sur les aliments et drogues et la Loi sur l’emballage et l’étiquetage des produits de consommation — Les mots de l’Accord de libre-échange Canada Israël (l’ALÉCI) n’indiquent pas que les territoires occupés font partie d’Israël — Le Canada définit les biens originaires d’un territoire auquel « s’applique la législation douanière d’Israël » comme étant des biens originaires « d’Israël ou d’un autre bénéficiaire de l’ALÉCI » — Cette distinction est conforme à la position officielle du Canada, qui ne reconnaît pas que les territoires occupés font partie d’Israël — L’interprétation de l’Agence n’était pas conforme au texte, au contexte et au but des dispositions législatives — Il a été impossible de déterminer la façon dont l’Agence a interprété ses lois habilitantes pour en venir à la conclusion que les étiquettes étaient conformes, y compris la façon dont elle a pris en considération les questions fondamentales — L’affaire a été renvoyée à l’Agence — Appel rejeté.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court setting aside decision of Canadian Food Inspection Agency, Complaints and Appeals Office (Agency) holding that “Product of Israel” labels on wines produced in West Bank complied with Canadian labelling legislation — Federal Court holding that labels false, misleading, deceptive — Decision rendered using standard of reasonableness before*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a annulé la décision du Bureau des plaintes et des appels de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’Agence) selon laquelle des étiquettes comportant la mention [traduction] « “Produit d’Israël” » apposées sur des vins produits en Cisjordanie étaient conformes aux lois canadiennes sur l’étiquetage — La Cour fédérale a conclu*

*release of Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov (S.C.C.) — Whether Federal Court identified, properly applied appropriate standard of review — It needed to be determined if Federal Court properly applied standard of reasonableness based on law as it stands post-Vavilov — Agency’s interpretation not consistent with text, context, purpose of legislation — Unclear how Agency construed its legislation in coming to conclusion that labels compliant — Vavilov clear that when confronted with absence of reasoned explanation, courts should refrain from determining proper outcome, providing required justification themselves — In post-Vavilov context, Federal Court should not have embarked on Agency’s task.*

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside the decision of the Complaints and Appeals Office of the Canadian Food Inspection Agency (Agency) holding that “Product of Israel” labels on wines produced in the West Bank complied with Canadian labelling legislation.

The Federal Court held that the labels were false, misleading and deceptive. In its view, the decision of the Agency was not reasonable when measured against its analysis. The Federal Court quashed the decision on this basis and remitted the matter back to the Agency with instructions that it determine how the wines should be labelled. The Federal Court rendered its decision using the standard of reasonableness before the Supreme Court released its decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*.

At issue was whether the Federal Court identified the appropriate standard of review and applied it properly.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Although the Federal Court applied the standard of reasonableness in a pre-*Vavilov* context, it needed to be determined if it properly applied this standard based on the law as it stands post-*Vavilov*. The Supreme Court in *Vavilov* made it clear that in conducting a reasonableness review, the Court must focus on the decision made and the justification for it. In this case, the Agency had to interpret and apply the labelling requirements under the *Food and Drugs Act* (FDA) and the *Consumer Packaging and Labelling Act* (CPLA) and decide whether the labels in issue were false or misleading under subsection 5(1)

*que les étiquettes étaient fausses, trompeuses et mensongères — Elle a prononcé sa décision sur le fondement de la norme de la décision raisonnable avant qu’une décision soit rendue dans Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov (C.S.C.) — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et l’a appliquée de la bonne façon — Il fallait déterminer si elle avait appliqué cette norme de la bonne façon compte tenu du droit tel qu’il existe après l’arrêt Vavilov — L’interprétation de l’Agence n’était pas conforme au texte, au contexte et au but des dispositions législatives — Il a été impossible de déterminer la façon dont l’Agence a interprété ses lois habilitantes pour en venir à la conclusion que les étiquettes étaient conformes — L’arrêt Vavilov enseigne que les cours de révision, lorsqu’elles se trouvent devant une absence de raisonnement, doivent s’abstenir de rendre la décision qu’elles considèrent être la bonne et de fournir leur propre raisonnement — Dans le contexte juridique post-Vavilov, la Cour fédérale n’aurait pas dû se prêter à l’exercice qui était du ressort de l’Agence.*

Il s’agissait d’un appel visant un jugement de la Cour fédérale, qui a annulé la décision du Bureau des plaintes et des appels de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’Agence) selon laquelle des étiquettes comportant la mention [traduction] « “Produit d’Israël” » apposées sur des vins produits en Cisjordanie étaient conformes aux lois canadiennes sur l’étiquetage.

La Cour fédérale a conclu que les étiquettes étaient fausses, trompeuses et mensongères. À son avis, la décision de l’Agence n’était pas raisonnable au regard de son analyse. Elle a annulé la décision pour ce motif et a renvoyé l’affaire à l’Agence en lui enjoignant de déterminer la façon dont les vins devraient être étiquetés. La Cour fédérale a prononcé sa décision sur le fondement de la norme de la décision raisonnable avant que la Cour suprême rende sa décision dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et l’a appliquée de la bonne façon.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

Bien que la Cour fédérale ait appliqué la norme de la décision raisonnable avant que l’arrêt *Vavilov* soit rendu, il fallait déterminer si elle avait appliqué cette norme de la bonne façon compte tenu du droit tel qu’il existe après l’arrêt *Vavilov*. La Cour suprême a clairement établi dans l’arrêt *Vavilov* que le tribunal qui effectue un contrôle selon la décision raisonnable doit se concentrer sur la décision rendue et sur le raisonnement qui la justifie. Dans la présente affaire, l’Agence devait interpréter et appliquer les exigences en matière d’étiquetage prévues dans la *Loi sur les aliments et drogues* (la LAD), et la



of the FDA and section 7 of the CPLA. The language in the Canada-Israel Free Trade Agreement (CIFTA) unequivocally covers Israel and the occupied territories, including the West Bank, but does not indicate that the occupied territories are part of Israel. In its domestic legislation, Canada equates goods that originate in the territory where “Israel’s customs laws are applied” to goods that originate in “Israel or another CIFTA beneficiary”. This distinction between goods that originate in Israel and goods that originate in other CIFTA beneficiaries, for the purpose of determining entitlement for preferential tariff rates under CIFTA, accords with Canada’s official position, which does not recognize that the occupied territories are part of Israel. Where, as here, legislative interpretation is in issue, the administrative decision maker must demonstrate that its interpretation of the relevant provisions is consistent with their text, context and purpose. This demonstration was totally lacking in the present instance. It could not be determined how the Agency construed its legislation in coming to the conclusion that the labels are compliant, including how it addressed the pivotal issues. *Vavilov* makes it clear that when confronted with the absence of a reasoned explanation, courts should refrain from determining the proper outcome and providing the required justification themselves. In a post-*Vavilov* context, the Federal Court should not have embarked on the Agency’s task. The matter was remitted to the Agency for reconsideration and redetermination.

*Loi sur l’emballage et l’étiquetage des produits de consommation* (la LEEPC), et déterminer si les étiquettes en cause étaient fausses ou trompeuses selon le paragraphe 5(1) de la LAD et l’article 7 de la LEEPC. Les mots de l’Accord de libre-échange Canada-Israël (l’ALÉCI) visent sans le moindre doute Israël et les territoires occupés, dont la Cisjordanie, mais il n’y est pas indiqué que les territoires occupés font partie d’Israël. Dans ses lois nationales, le Canada définit les biens originaires d’un territoire auquel « s’applique la législation douanière d’Israël » comme étant des biens originaires « d’Israël ou d’un autre bénéficiaire de l’ALÉCI ». Cette distinction entre les biens originaires d’Israël et les biens originaires d’autres bénéficiaires de l’ALÉCI, pour déterminer qui a droit aux tarifs préférentiels prévus dans l’ALÉCI, est conforme à la position officielle du Canada, qui ne reconnaît pas que les territoires occupés font partie d’Israël. Lorsque le décideur administratif, comme c’est le cas en l’espèce, procède à l’interprétation d’une disposition législative, il doit démontrer que son interprétation des dispositions pertinentes est conforme au texte, au contexte et au but de ces dispositions. En l’espèce, il n’y a eu aucune démonstration de ce genre. Il a été impossible de déterminer la façon dont l’Agence a interprété ses lois habilitantes pour en venir à la conclusion que les étiquettes étaient conformes, y compris la façon dont elle a pris en considération les questions fondamentales. L’arrêt *Vavilov* enseigne que les cours de révision, lorsqu’elles se trouvent devant une absence de raisonnement, doivent s’abstenir de rendre la décision qu’elles considèrent être la bonne et de fournir leur propre raisonnement. Dans le contexte juridique post-*Vavilov*, la Cour fédérale n’aurait pas dû se prêter à l’exercice qui était du ressort de l’Agence. L’affaire a été renvoyée à l’Agence pour réexamen et nouvelle décision.

#### 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].  
*Consumer Packaging and Labelling Act*, R.S.C., 1985, c. C-38, s. 7.  
*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, s. 50(1).  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. B.02.108.  
*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 5.  
*Regulations Defining Certain Expressions for the Purposes of the Customs Tariff*, SOR/97-62, s. 1 “Israel or another CIFTA beneficiary”.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].  
*Loi sur l’emballage et l’étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. (1985), ch. C-38, art. 7.  
*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 5.  
*Règlement définissant certaines expressions pour l’application du Tarif des douanes*, DORS/97-62, art. 1 « Israël ou autre bénéficiaire de l’ALÉCI ».  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. B.02.108.  
*Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, art. 50(1).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Free Trade Agreement Between the Government of Canada and the Government of the State of Israel*, July 31, 1996, [1997] Can. T.S. No. 49, Art. 1.4.1(b).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

## REFERRED TO:

*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374; *Canada (Attorney General) v. Redman*, 2020 FCA 209; *Manitoba Government and General Employees' Union v. The Minister of Finance for the Government*, 2021 MBCA 36 (CanLII).

## AUTHORS CITED

Government of Canada. “Canadian policy on key issues in the Israeli-Palestinian conflict” (19 March, 2019), online: <[https://www.international.gc.ca/world-monde/international\\_relations-relations\\_internationales/mena-moan/israeli-palistinian\\_policy-politique\\_israelo-palestinien.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/mena-moan/israeli-palistinian_policy-politique_israelo-palestinien.aspx?lang=eng)>.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 CF 1003, [2019] 4 F.C.R. 747) setting aside the decision of the Complaints and Appeals Office of the Canadian Food Inspection Agency holding that “Product of Israel” labels on wines produced in the West Bank complied with Canadian labelling legislation. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Gail Sinclair, Negar Hashemi and Jennifer Caruso* for appellant.  
*A. Dimitri Lascaris* for respondent  
Dr. David Kattenburg.  
*David Elmaleh* for respondent Psagot Winery Ltd.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'État d'Israël*, 31 juillet 1996, [1997] R.T. Can. n° 49, art. 1.4.1b).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374; *Canada (Procureur général) c. Redman*, 2020 CAF 209; *Manitoba Government and General Employees' Union v. The Minister of Finance for the Government*, 2021 MBCA 36 (CanLII).

## DOCTRINE CITÉE

Gouvernement du Canada. « Politique canadienne sur les aspects clés du conflit israélo-palestinien » (19 mars 2019), en ligne : <[https://www.international.gc.ca/world-monde/international\\_relations-relations\\_internationales/mena-moan/israeli-palistinian\\_policy-politique\\_israelo-palestinien.aspx?lang=fra](https://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/mena-moan/israeli-palistinian_policy-politique_israelo-palestinien.aspx?lang=fra)>.

APPEL visant un jugement de la Cour fédérale (2009 CF 1003, [2019] 4 R.C.F. 747), qui a annulé la décision du Bureau des plaintes et des appels de l'Agence canadienne d'inspection des aliments selon laquelle des étiquettes comportant la mention [traduction] « “Produit d'Israël” » apposées sur des vins produits en Cisjordanie étaient conformes aux lois canadiennes sur l'étiquetage. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Gail Sinclair, Negar Hashemi et Jennifer Caruso* pour l'appelant.  
*A. Dimitri Lascaris*, pour l'intimé  
Dr. David Kattenburg.  
*David Elmaleh*, pour l'intimée Psagot Winery Ltd.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*A. Dimitri Lascaris*, Montréal, for respondent  
Dr. David Kattenburg.  
*RE-LAW LLP*, Vaughan, Ontario, for respondent  
Psagot Winery Ltd.

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

[1] NOËL C.J.: This is an appeal from a judgment of the Federal Court (*per* Mactavish J. as she then was), setting aside the decision of the Complaints and Appeals Office of the Canadian Food Inspection Agency (the Agency) holding that ““Product of Israel”” labels on wines produced in the West Bank complied with Canadian labelling legislation (2019 FC 1003, [2019] 4 F.C.R. 747).

[2] The Federal Court Judge held that the labels were false, misleading and deceptive. She came to this view based on her own analysis of the evidence and the labelling legislation (the relevant provisions as they read at the time of the decision of the Agency are set out in Annex 1). In her view, the decision of the Agency was not reasonable when measured against her analysis. She quashed the decision on this basis and remitted the matter back to the Agency with instructions that it determine how the wines should be labelled.

[3] The issue to be addressed is whether in coming to this conclusion, the Federal Court judge identified the appropriate standard of review and applied it properly.

#### Standard of Review

[4] After the Federal Court Judge rendered her decision in this case, the Supreme Court released its landmark decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*). Given the importance of this decision, the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada*  
pour l’appelant.  
*A. Dimitri Lascaris*, Montréal, pour l’intimé  
Dr. David Kattenburg.  
*RE-LAW LLP*, Vaughan, Ontario, pour l’intimée  
Psagot Winery Ltd.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : Notre Cour est saisie d’un appel visant un jugement de la Cour fédérale (rendu par la juge Mactavish [aujourd’hui juge à la Cour d’appel fédérale]), annulant la décision du Bureau des plaintes et des appels de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (l’Agence) selon laquelle des étiquettes comportant la mention [TRADUCTION] « “Produit d’Israël” » apposées sur des vins produits en Cisjordanie étaient conformes aux lois canadiennes sur l’étiquetage (2019 CF 1003, [2019] 4 R.C.F. 747).

[2] La juge de la Cour fédérale a conclu que les étiquettes étaient fausses, trompeuses et mensongères. Elle en est venue à cette conclusion après avoir effectué sa propre analyse des éléments de preuve et des dispositions sur l’étiquetage (les dispositions pertinentes, dans leur version en vigueur au moment où l’Agence a rendu sa décision, sont reproduites à l’annexe 1). À son avis, la décision de l’Agence n’était pas raisonnable au regard de son analyse. Elle a annulé la décision pour ce motif et a renvoyé l’affaire à l’Agence en lui enjoignant de déterminer la façon dont les vins devraient être étiquetés.

[3] La question à trancher est celle de savoir si, en tirant cette conclusion, la juge de la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et l’a appliquée de la bonne façon.

#### La norme de contrôle

[4] Après que la juge de la Cour fédérale a prononcé sa décision, la Cour suprême a rendu son arrêt de principe *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*). Étant donné l’importance de cet arrêt, notre Cour, par

parties were asked by order of this Court dated October 6, 2020, to provide written submissions on the impact that it might have on this appeal.

[5] In his memorandum of fact and law, Dr. Kattenburg maintained, as he did before the Federal Court Judge, that reasonableness was not the applicable standard of review. He argued that the interpretation of the relevant legislation in a manner that reflects international law gives rise to an issue of “central importance to the legal system as a whole”, with the result that correctness was the applicable standard of review (memorandum of Dr. Kattenburg, at paragraph 46).

[6] During the hearing, Dr. Kattenburg conceded that reasonableness is the applicable standard, and rightly so. If anything, *Vavilov* has reinforced reasonableness as the presumptive standard applicable in this case (*Vavilov*, at paragraphs 59–61). Principles of international law, should they bear on the issue to be decided (see e.g. *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, at paragraphs 76–92), are merely part of the context that can inform the interpretation of Canada’s labelling legislation (*Vavilov*, at paragraph 114).

#### Application of the Reasonableness Standard

[7] We now turn to the question whether the standard of reasonableness was properly applied to the matter before us. Although the Federal Court Judge applied this standard in a pre-*Vavilov* context, this Court must stand in the shoes of the Federal Court Judge and determine whether she properly applied this standard based on the law as it stands post-*Vavilov*.

[8] *Vavilov* provides fundamental guidance both on the reasonableness standard itself and its proper application. In providing this guidance, the Supreme Court recognized that its decision departs in some key aspects from prior jurisprudence but recognized that certainty in the

une ordonnance datée du 6 octobre 2020, a demandé aux parties de présenter des observations sur l’incidence qu’il pourrait avoir sur le présent appel.

[5] Dans son mémoire des faits et du droit, Dr. Kattenburg a soutenu, comme il l’a fait devant la juge de la Cour fédérale, que la norme de la décision raisonnable n’était pas la norme de contrôle applicable. Il a soutenu que l’interprétation des lois pertinentes conformément au droit international est une question [TRADUCTION] « d’importance fondamentale pour le système juridique dans son ensemble », de sorte que la norme applicable était celle de la décision correcte (mémoire de Dr. Kattenburg, au paragraphe 46).

[6] À l’audience, Dr. Kattenburg a reconnu, à juste titre, que la norme applicable était celle de la décision raisonnable. Par ailleurs, l’arrêt *Vavilov* vient renforcer l’idée que la décision raisonnable était la norme de contrôle qui s’appliquait par défaut en l’espèce (*Vavilov*, aux paragraphes 59 à 61). Les principes de droit international, à supposer qu’ils influent sur la question à trancher (voir par exemple *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, aux paragraphes 76 à 92), constituent seulement un élément du contexte servant à éclairer l’interprétation des lois canadiennes en matière d’étiquetage (*Vavilov*, au paragraphe 114).

#### L’application de la norme de la décision raisonnable

[7] Nous nous penchons maintenant sur la question de savoir si la norme de la décision raisonnable a été appliquée comme il se doit dans l’affaire dont nous sommes saisis. Bien que la juge de la Cour fédérale ait appliqué cette norme avant que soit rendu l’arrêt *Vavilov*, notre Cour doit se mettre à la place de la juge de la Cour fédérale et examiner si elle a appliqué cette norme telle qu’elle doit l’être selon l’arrêt *Vavilov*.

[8] L’arrêt *Vavilov* donne des indications fondamentales tant sur la nature de la norme de la décision raisonnable que sur son application. En prodiguant ces indications, la Cour suprême a reconnu que sa décision rompait avec certains aspects essentiels de la jurisprudence, mais elle

law had to be measured against the cost of continuing to follow a flawed approach.

[9] Perhaps the most significant development in *Vavilov* is the recognition that when Parliament has created an administrative decision maker for the specific purpose of administering a legislative scheme, it must be accepted that Parliament also intended that the decision maker fulfills its mandate and interprets the law applicable to all issues that come before it (*Vavilov*, at paragraph 24). This recognition of the legitimacy and authority of administrative decision makers brings with it the corresponding requirement that administrative decision makers adopt a “culture of justification” and provide a reasoned explanation for the decisions that they make in discharging their statutory mandate (*Vavilov*, at paragraph 14).

[10] In so stating, the Supreme Court made it clear that in conducting a reasonableness review, the Court must focus on the decision made and the justification for it (*Vavilov*, at paragraph 83). If the reasons read in conjunction with the record do not make it possible to understand the decision maker’s reasoning on a critical point, the decision fails to meet the standard of reasonableness on that account alone (*Vavilov*, at paragraph 103).

[11] This is precisely what we are faced with in this case. The Agency had to interpret and apply the labeling requirements under the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27 (FDA) and the *Consumer Packaging and Labelling Act*, R.S.C., 1985, c. C-38 (CPLA) and decide whether the labels in issue were false or misleading under subsection 5(1) of the FDA and section 7 of the CPLA.

[12] We know from the record that the position expressed by Global Affairs Canada with respect to the Canada-Israel Free Trade Agreement [*Free Trade Agreement Between the Government of Canada and the Government of the State of Israel*, July 31, 1996], [1997] Can. T.S. No. 49 (CIFTA) played a determinative role in

a fait observer qu’il fallait sopeser la certitude juridique par rapport aux coûts liés au fait de continuer à souscrire à une approche erronée.

[9] Le développement le plus important apporté par l’arrêt *Vavilov* semble être la reconnaissance du fait que, lorsque le législateur constitue un décideur administratif dans le but précis d’administrer un régime législatif, il faut accepter que le législateur voulait également que ce décideur s’acquitte de son mandat et interprète la loi qui s’applique à toutes questions qui lui sont soumises (*Vavilov*, au paragraphe 24). Cette reconnaissance de la légitimité et de la compétence des décideurs administratifs a pour corollaire l’obligation pour ces derniers d’adhérer à une « culture de la justification » et de fournir un raisonnement motivant les décisions qu’ils prennent dans l’exécution de leur mandat légal (*Vavilov*, au paragraphe 14).

[10] En affirmant cela, la Cour suprême a clairement établi que le tribunal qui effectue un contrôle selon la décision raisonnable doit se concentrer sur la décision rendue et sur le raisonnement qui la justifie (*Vavilov*, au paragraphe 83). Des motifs, interprétés eu égard au dossier, qui ne permettent pas au lecteur de comprendre le raisonnement du décideur sur un point crucial constituent en soi un fondement suffisant pour qu’il soit conclu que la décision ne satisfait pas au critère de la décision raisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 103).

[11] C’est précisément ce dont il est question en l’espèce. L’Agence devait interpréter et appliquer les exigences en matière d’étiquetage prévues dans la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (la LAD), et la *Loi sur l’emballage et l’étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. (1985), ch. C-38 (la LEEPC), et déterminer si les étiquettes en cause étaient fausses ou trompeuses selon le paragraphe 5(1) de la LAD et l’article 7 de la LEEPC.

[12] Le dossier révèle que la position exprimée par Affaires mondiales Canada au sujet de l’Accord de libre-échange Canada-Israël [*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l’État d’Israël*, 31 juillet 1996], [1997] R.T. Can. n° 49 (l’ALÉCI), a joué un rôle déterminant dans la décision

the decision that was reached (the relevant CIFTA legislation as it read at the time of the decision of the Agency is set out in Annex 2). While CIFTA can be informative, we do not know why the Agency concluded that it was determinative of the issue that it was required to decide under its labelling legislation.

[13] In its advice to the Agency, Global Affairs Canada states that the West Bank territory is included under CIFTA because it is a “territory where Israel’s customs laws are applied” (affidavit of Eric Jeurond, appeal book, Vol. 3, page 491, paragraph 34, referring to Article 1.4.1(b) of CIFTA). This language unequivocally covers Israel and the occupied territories, including the West Bank, but does not indicate that the occupied territories are part of Israel. Indeed, in its domestic legislation, Canada equates goods that originate in the territory where “Israel’s customs laws are applied” to goods that originate in “Israel or another CIFTA beneficiary” (our emphasis) (subsection 50(1) of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36; see also the definition of “Israel or another CIFTA beneficiary” [at section 1] in the *Regulations Defining Certain Expressions for the Purposes of the Customs Tariff*, SOR/97-62). This distinction between goods that originate in Israel and goods that originate in other CIFTA beneficiaries, for the purpose of determining entitlement for preferential tariff rates under CIFTA, accords with Canada’s official position, which does not recognize that the occupied territories are part of Israel (Government of Canada, “Canadian policy on key issues in the Israeli-Palestinian conflict” (last modified 19 March 2019), online: <[https://www.international.gc.ca/world-monde/international\\_relations-relations\\_internationales/mena-moan/israeli-palinstinian\\_policy-politique\\_israelo-palestinien.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/mena-moan/israeli-palinstinian_policy-politique_israelo-palestinien.aspx?lang=eng)>).

[14] Needless to say, section B.02.108 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, insofar as it contemplates that the origin of wine products be identified by reference to their “country of origin”, cannot be applied literally when dealing with products that do not originate in a recognized country.

qui a été rendue (les dispositions pertinentes de l’ALÉCI, dans sa version en vigueur au moment où l’Agence a rendu sa décision, sont reproduites à l’annexe 2). Bien que l’ALÉCI puisse éclairer le débat, nous ne savons pas pourquoi l’Agence a conclu que cet accord permettait de trancher la question dont elle était saisie au titre de lois en matière d’étiquetage.

[13] Dans son avis à l’Agence, Affaires mondiales Canada affirme que la Cisjordanie est un territoire visé par l’ALÉCI, car c’est un « territoire auquel s’applique la législation douanière d’Israël » (affidavit d’Eric Jeurond, dossier d’appel, vol. 3, page 491, paragraphe 34, citant l’alinéa 1.4.1b) de l’ALÉCI). Ces mots visent sans le moindre doute Israël et les territoires occupés, dont la Cisjordanie, mais il n’y est pas indiqué que les territoires occupés font partie d’Israël. En effet, dans ses lois nationales, le Canada définit les biens originaires d’un territoire auquel « s’applique la législation douanière d’Israël » comme étant des biens originaires « d’Israël ou d’un autre bénéficiaire de l’ALÉCI » (non souligné dans l’original) (paragraphe 50(1) du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36; voir également la définition de « Israël ou autre bénéficiaire de l’ALÉCI » [à l’article 1] dans le *Règlement définissant certaines expressions pour l’application du Tarif des douanes*, DORS/97-62). Cette distinction entre les biens originaires d’Israël et les biens originaires d’autres bénéficiaires de l’ALÉCI, pour déterminer qui a droit aux tarifs préférentiels prévus dans l’ALÉCI, est conforme à la position officielle du Canada, qui ne reconnaît pas que les territoires occupés font partie d’Israël (Gouvernement du Canada, « Politique canadienne sur les aspects clés du conflit israélo-palestinien » (modifié pour la dernière fois le 19 mars 2019), en ligne à l’adresse : <[https://www.international.gc.ca/world-monde/international\\_relations-relations\\_internationales/mena-moan/israeli-palinstinian\\_policy-politique\\_israelo-palestinien.aspx?lang=fra](https://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/mena-moan/israeli-palinstinian_policy-politique_israelo-palestinien.aspx?lang=fra)>).

[14] Il va sans dire que l’article B.02.108 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, dans la mesure où il prévoit que les étiquettes de vins doivent mentionner le « pays d’origine », ne peut s’appliquer littéralement lorsque le produit ne vient pas d’un pays reconnu.



[15] As the Supreme Court explains in *Vavilov* the process of justification, which binds administrative decision makers, does not necessarily require exhaustive or lengthy reasons and any reasons are to be reviewed in light of the record and submissions made by the parties. But whatever form this takes, where, as here, legislative interpretation is in issue, the administrative decision maker must demonstrate that its interpretation of the relevant provisions is consistent with their text, context and purpose (*Vavilov*, at paragraph 120 as applied in *Canada (Attorney General) v. Redman*, 2020 FCA 209, at paragraphs 20–21). Here this demonstration is totally lacking.

[16] While there may be cases where reviewing courts can discern how an administrative decision maker construed the relevant legislation even though the matter was not explicitly addressed (*Vavilov*, at paragraph 123), this is not such a case. We simply have no idea how the Agency construed its legislation in coming to the conclusion that the labels are compliant, including how it addressed the pivotal issues: false and misleading as to what and from whose eyes and from which perspective is the question whether the labels are false or misleading to be assessed?

[17] *Vavilov* makes it clear that when confronted with the absence of a reasoned explanation, courts should refrain from determining the proper outcome and providing the required justification themselves (*Vavilov*, at paragraph 96). This merely recognizes Parliament's institutional design choice in conferring on administrative decision makers the task of construing the legislation that they are called upon to apply and applying it to the facts of their case, exercises that call for deference on the part of reviewing courts. It follows that in a post-*Vavilov* context, the Federal Court Judge should not have embarked on the Agency's task.

[15] Comme la Cour suprême l'explique dans l'arrêt *Vavilov*, le principe de justification auquel sont tenus les décideurs administratifs n'exige pas que les motifs soient longs ou détaillés; de plus, les motifs doivent être examinés à la lumière du dossier et des observations des parties. Cela dit, indépendamment de la forme qu'ils prennent, lorsque le décideur administratif, comme c'est le cas en l'espèce, procède à l'interprétation d'une disposition législative, il doit démontrer que son interprétation des dispositions pertinentes est conforme au texte, au contexte et au but de ces dispositions (*Vavilov*, au paragraphe 120, tel qu'appliqué dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Redman*, 2020 CAF 209, aux paragraphes 20 et 21). En l'espèce, il n'y a aucune démonstration de ce genre.

[16] Bien qu'il puisse y avoir des affaires où la cour de révision arrive à discerner la façon dont le décideur administratif a interprété les lois pertinentes même si celui-ci n'a pas examiné la question expressément (*Vavilov*, au paragraphe 123), ce n'est pas le cas en l'espèce. Nous n'avons absolument aucune idée de la façon dont l'Agence a interprété ses lois habilitantes pour en venir à la conclusion que les étiquettes étaient conformes, y compris la façon dont elle a pris en considération les questions fondamentales : par rapport à quoi les mots « faux » et « trompeurs » sont-ils définis, et aux yeux de qui ou du point de vue de qui la question de savoir si les étiquettes sont fausses ou trompeuses doit-elle être examinée?

[17] L'arrêt *Vavilov* enseigne que les cours de révision, lorsqu'elles se trouvent devant une absence de raisonnement, doivent s'abstenir de rendre la décision qu'elles considèrent être la bonne et de fournir leur propre raisonnement (*Vavilov*, au paragraphe 96). Cet enseignement ne fait que reconnaître la structure institutionnelle choisie par le législateur lorsqu'il confère à des décideurs administratifs la tâche d'interpréter les lois qu'ils sont appelés à appliquer et la tâche de les appliquer aux faits propres à l'affaire dont ils sont saisis, des exercices vis-à-vis desquels les cours de révision doivent faire preuve de retenue. Il s'ensuit que, dans le contexte juridique post-*Vavilov*, la juge de la Cour fédérale n'aurait pas dû se prêter à l'exercice qui était du ressort de l'Agence.

[18] The appropriate remedy is to send the matter back to the Agency so that it can determine the matter for itself. This is not the type of case where this step can be bypassed because the outcome is self-evident (compare *Manitoba Government and General Employees' Union v. The Minister of Finance for the Government*, 2021 MBCA 36 (CanLII), at paragraphs 104–108). In the course of its reconsideration of the matter, the Agency will want to receive submissions from the affected parties. This would include the complainant Dr. Kattenburg as well as Psagot Winery Ltd. since its labels are in issue. It will also be open to the Agency to receive submissions and determine whether Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] rights and freedoms are relevant to its decision-making, again ensuring that there is a reasoned explanation for its decision.

[19] To be clear, the Agency is not bound by the Federal Court Judge's reasons. It will be open to the Agency as the decider of the merits of the labelling issue to come to whatever outcome it thinks appropriate, provided that its interpretation and application of the relevant provisions to the facts in issue can be seen to be reasonable.

#### Disposition

[20] The appeal will therefore be dismissed and the matter will be remitted to the Agency for reconsideration and redetermination in conformity with these reasons. As no costs were sought, none are awarded.

BOIVIN, J.A.: I agree.

RIVOALEN, J.A.: I agree.

#### APPENDIX 1

*Consumer Packaging and Labelling Act*, R.S.C., 1985, c. C-38.

##### Representations relating to prepackaged products

**7 (1)** No dealer shall apply to any prepackaged product or sell, import into Canada or advertise any prepackaged

[18] La mesure de redressement appropriée est de renvoyer l'affaire à l'Agence pour qu'elle puisse la trancher elle-même. Il ne s'agit pas d'un type d'affaire où l'on peut se dispenser de cette étape au motif que l'issue de l'affaire est évidente (comparer avec *Manitoba Government and General Employees' Union v. The Minister of Finance for the Government*, 2021 MBCA 36 (CanLII), aux paragraphes 104 à 108). Dans son réexamen de l'affaire, l'Agence voudra obtenir les observations des parties concernées. Celles-ci comprennent le plaignant Dr. Kattenburg, de même que Psagot Winery Ltd. puisque ce sont ses étiquettes qui sont en cause. L'Agence pourra également recevoir des observations et prendre une décision sur la question de savoir si les droits et libertés garantis par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] ont un rôle à jouer dans sa prise de décision; là encore elle devra veiller à ce que sa décision soit justifiée par un raisonnement.

[19] Soyons clairs, l'Agence n'est pas liée par les motifs de la juge de la Cour fédérale. Il sera loisible à l'Agence, en tant que décideur chargé de trancher la question de l'étiquetage sur le fond, de parvenir à toute conclusion qu'elle juge appropriée, dans la mesure où son interprétation des dispositions pertinentes et leur application aux faits en cause peuvent être considérées comme étant raisonnables.

#### Dispositif

[20] L'appel sera donc rejeté et l'affaire sera renvoyée à l'Agence pour réexamen et nouvelle décision conformément aux présents motifs. Les dépens n'ont pas été demandés, donc ils ne seront pas adjugés.

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

LA JUGE RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

#### ANNEXE 1

*Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. (1985), ch. C-38.

##### Étiquetage contenant des renseignements faux

**7 (1)** Le fournisseur ne peut apposer sur un produit préemballé un étiquetage qui contient de l'information fautive ou

product that has applied to it a label containing any false or misleading representation that relates to or may reasonably be regarded as relating to that product.

*Definition of false or misleading representation*

(2) For the purposes of this section, *false or misleading representation* includes

...

(c) any description or illustration of the ... origin ... that may reasonably be regarded as likely to deceive a consumer with respect to the matter so described or illustrated.

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.

**B.02.108** A clear indication of the country of origin shall be shown on the principal display panel of a wine.

*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.

*Deception, etc., regarding food*

**5 (1)** No person shall label, package, treat, process, sell or advertise any food in a manner that is false, misleading or deceptive or is likely to create an erroneous impression regarding its character, value, quantity, composition, merit or safety.

*Food labelled or packaged in contravention of regulations*

(2) An article of food that is not labelled or packaged as required by, or is labelled or packaged contrary to, the regulations shall be deemed to be labelled or packaged contrary to subsection (1).

APPENDIX 2

*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 3.

Canada–Israel Agreement Tariff

*Application of CIAT*

**50 (1)** ... goods that originate in Israel or another CIFTA beneficiary are entitled to the Canada–Israel Agreement Tariff rates of customs duty.

*Free Trade Agreement Between the Government of Canada and the Government of the State of Israel*, July 31, 1996, [1997] Can. T.S. No. 49.

trompeuse se rapportant au produit — ou pouvant raisonnablement donner cette impression —, ni vendre, importer ou annoncer un produit préemballé ainsi étiqueté.

*Définition de information fausse ou trompeuse*

(2) Pour l'application du présent article et relativement à un produit préemballé, *information fausse ou trompeuse* s'entend notamment :

[...]

e) de toute description ou illustration de [son] [...] origine [...] qui peut raisonnablement être jugée de nature à tromper sur l'objet de la description ou de l'illustration.

*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.

**B.02.108** Le pays d'origine doit être clairement indiqué sur l'espace principal de l'étiquette d'un vin.

*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.

*Fraude*

**5 (1)** Il est interdit d'étiqueter, d'emballer, de traiter, de préparer ou de vendre un aliment — ou d'en faire la publicité — de manière fausse, trompeuse ou mensongère ou susceptible de créer une fausse impression quant à sa nature, sa valeur, sa quantité, sa composition, ses avantages ou sa sûreté.

*Étiquetage ou emballage non réglementaire*

(2) L'aliment qui n'est pas étiqueté ou emballé ainsi que l'exigent les règlements ou dont l'étiquetage ou l'emballage n'est pas conforme aux règlements est réputé contrevenir au paragraphe (1).

ANNEXE 2

*Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36.

Tarif de l'Accord Canada — Israël

*Application du TACI*

**50 (1)** [...] les marchandises originaires d'Israël ou d'un autre bénéficiaire de l'ALÉCI bénéficient des taux du tarif de l'Accord Canada — Israël.

*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'État d'Israël*, 31 juillet 1996, [1997] R.T. Can. n° 49.

**CHAPTER ONE****Objectives**

...

**Article 1.2:      Objective**

1. The objective of this Agreement, as elaborated more specifically in its provisions, is to eliminate barriers to trade in, and facilitate the movement of, goods between the territories of the Parties, and thereby to promote conditions of fair competition and increase substantially investment opportunities in the free trade area.

...

**Article 1.4:      Definitions of General Application**

1. For the purposes of this Agreement, unless otherwise specified:

...

**(b)** with respect to Israel the territory where its customs laws are applied;

*Regulations Defining Certain Expressions for the Purposes of the Customs Tariff, SOR/97-62.*

## Expressions Defined

1 For the purposes of the *Customs Tariff*, the following expressions are defined.

...

***Israel or another CIFTA beneficiary*** means the territory where the customs laws of Israel are applied and includes the territory where those laws are applied in accordance with Article III of the Protocol on Economic Relations set out in Annex V of the Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip, dated September 28, 1995, as that Protocol is amended from time to time. (*Israël ou autre bénéficiaire de l'ALÉCI*)

**CHAPITRE 1****Objectifs**

[...]

**Article 1.2 :      Objectif**

1. L'objectif du présent accord, défini de façon plus précise dans ses dispositions, consiste à éliminer les obstacles au commerce et à faciliter le mouvement des produits entre les territoires des Parties, de manière à favoriser une concurrence équitable et à augmenter substantiellement les possibilités d'investissement dans la zone de libre-échange.

**Article 1.4 :      Définitions d'application générale**

1. Aux fins du présent accord, et sauf stipulation contraire :

[...]

**b)** dans le cas d'Israël, du territoire auquel s'applique la législation douanière d'Israël.

*Règlement définissant certaines expressions pour l'application du tarif des douanes, DORS/97-62.*

## Définitions

1 Les expressions suivantes sont définies pour l'application du *Tarif des douanes*.

[...]

***Israël ou autre bénéficiaire de l'ALÉCI*** Le territoire où est appliquée la législation douanière d'Israël, y compris le territoire où elle est appliquée en conformité avec l'article III du document intitulé *Protocol on Economic Relations*, avec ses modifications successives, figurant à l'annexe V du document intitulé *Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip*, du 28 septembre 1995. (*Israel or another CIFTA beneficiary*)

IMM-4079-20  
2021 FC 441

IMM-4079-20  
2021 CF 441

**Ismael Estrada Gallardo** (*Applicant*)

**Ismael Estrada Gallardo** (*demandeur*)

v.

c.

**Minister of Citizenship and Immigration and Canada  
Border Services Agency** (*Respondents*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et  
l'Agence des services frontaliers du Canada** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: GALLARDO v. CANADA (CITIZENSHIP AND  
IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : GALLARDO c. CANADA (CITOYENNETÉ ET  
IMMIGRATION)**

Federal Court, Barnes J.—Vancouver (by videoconfer-  
ence), April 29; Ottawa, May 13, 2021.

Cour fédérale, juge Barnes—Vancouver (par vidéoconfé-  
rence), 29 avril; Ottawa, 13 mai 2021.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Refugee Protection Division Rules — Date of hearing — Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) upholding Refugee Protection Division's (RPD) decision dismissing applicant's claim for refugee protection on basis applicant had viable internal flight — Applicant challenging correctness of RPD ruling denying his request to adjourn hearing to accommodate scheduling conflict of his legal counsel — RPD finding that applicant not satisfying requirements of Refugee Protection Division Rules, r. 54 — RAD not finding errors in RPD decision — Whether RAD's decision reasonable — Restrictive language of "exceptional circumstances" making it more difficult to obtain adjournment of scheduled RPD hearing — RPD failing to consider all relevant circumstances in determining if "exceptional circumstances" present — "Exceptional circumstances" not confined to situations involving vulnerable person or unexpected emergencies — RPD decision deficient, failing to take account of several factors favouring adjournment — R. 54(4) not eliminating obligation to consider relevant factors favouring granting of relief — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Règles de la Section de la protection des réfugiés — Date de l'instance — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de rejeter la demande d'asile du demandeur parce qu'il avait une possibilité de refuge intérieur viable — Le demandeur a contesté la justesse de la décision de la SPR de rejeter sa demande d'ajournement de l'audience pour accommoder un conflit d'horaire de son conseil juridique — La SPR a conclu que le demandeur n'avait pas satisfait aux exigences de la règle 54 des Règles de la Section de la protection des réfugiés — La SAR n'a trouvé aucune erreur dans les motifs de la SPR — Il s'agissait de savoir si la décision de la SAR était raisonnable — Le terme restrictif « circonstances exceptionnelles » fait en sorte qu'il est plus difficile d'obtenir un ajournement d'une audience prévue de la SPR — Toutefois, la SPR devait quand même tenir compte des facteurs pertinents qui militaient en faveur de l'ajournement — La SPR n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes afin de décider si des « circonstances exceptionnelles » étaient survenues — Les « circonstances exceptionnelles » ne se limitent pas à des situations où il est question d'une personne vulnérable ou d'urgences imprévues — La décision de la SPR comportait des lacunes, car elle ne tenait pas compte de plusieurs facteurs qui militaient en faveur de l'ajournement — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division (RAD) [*RAD File No. VB9-03948*, [2020] R.A.D.D. No. 2475 (QL)] of the Immigration and Refugee Board upholding the Refugee Protection Division's (RPD) decision dismissing the applicant's claim for refugee protection on the basis that he had a viable internal flight alternative in Mexico City.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de rejeter la demande d'asile du demandeur parce qu'il avait une possibilité de refuge intérieur viable dans la ville de Mexico.

The applicant's appeal to the RAD only challenged the correctness of an RPD ruling denying his request to adjourn the hearing to accommodate a scheduling conflict of his legal counsel. The RPD found that the applicant had not satisfied the requirements of rule 54 of the *Refugee Protection Division Rules*<sup>1</sup>. The RAD did not find errors in the RPD's reasons. The RAD noted, *inter alia*, that, while the applicant stated at the hearing that he would have liked legal representation, he did not indicate that his replies to the RPD's questions were incorrect or that his answers were misinterpreted by the RPD member.

At issue was whether the RAD's decision was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

The 2012 amendments that brought in subrule 54(4) removed all of the enumerated factors therein and replaced them with the more restrictive language of "exceptional circumstances", making it more difficult to obtain an adjournment of a scheduled RPD hearing. The RPD erred when it failed to consider all of the relevant circumstances in determining if "exceptional circumstances" were present. While any one factor may not have tipped the balance, several factors taken together may well have done so. The Immigration and Refugee Board of Canada's Guideline 6: *Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding* deals explicitly with the issue of the unavailability of counsel. When rule 54 is read harmoniously with the Guideline 6, it becomes clear that "exceptional circumstances" are not confined to situations involving a vulnerable person or unexpected emergencies. The only factors the RPD seems to have considered were the applicant's lack of diligence in retaining counsel sooner than he did and the need for administrative efficiency. It was not clear why the RPD expressed a concern about the need for a hearing within 30 days in accordance with subsection 159.9(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* when it was operating well outside of those parameters in accordance with the exceptions found in subsection 159.9(3). The RPD decision was deficient because it failed to take account of several factors that favoured an adjournment. While subrule 54(4) establishes a high bar for obtaining an adjournment, it does not eliminate the obligation to consider relevant factors that favour the granting of relief. In turn, the RAD erred when it unreasonably ruled that the RPD decision was error free. The RAD decision was quashed and the case returned to the RPD for a new hearing on the merits before a different decision-maker.

<sup>1</sup> Pursuant to rule 54, a claimant may apply to change the date of a hearing if, at the time the officer fixed the hearing date, the claimant did not have counsel or was unable to provide the dates when their counsel would be available to attend the hearing.

L'appel du demandeur auprès de la SAR contestait seulement la justesse de la décision de la SPR de rejeter sa demande d'ajournement de l'audience pour accommoder un conflit d'horaire de son conseil juridique. La SPR a conclu que le demandeur n'avait pas satisfait aux exigences de la règle 54 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*<sup>1</sup>. La SAR n'a trouvé aucune erreur dans les motifs de la SPR. La SAR a indiqué notamment que, même si le demandeur a déclaré à l'audience qu'il aurait aimé être représenté par un avocat, il n'a pas signalé que l'une ou l'autre de ses réponses aux questions de la SPR étaient incorrectes ou que ses réponses avaient été mal interprétées par la commissaire de la SPR.

Il s'agissait de savoir si la décision de la SAR était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les modifications de 2012, qui ont introduit le paragraphe 54(4) des règles, ont retiré tous les facteurs énumérés, qui ont été remplacés par le terme plus restrictif « circonstances exceptionnelles », de sorte qu'il est plus difficile d'obtenir un ajournement d'une audience prévue de la SPR. La SPR a commis une erreur en ne tenant pas compte de toutes les circonstances pertinentes afin de décider si des « circonstances exceptionnelles » étaient survenues. Même si un seul facteur n'aurait pas fait pencher la balance, plusieurs facteurs pris ensemble auraient très bien pu le faire. Les Directives n° 6 de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié intitulées *Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure* traitent explicitement de la question de l'indisponibilité du conseil. Lorsque la règle 54 est lue de pair avec les Directives n° 6, il est clair que des « circonstances exceptionnelles » ne se limitent pas à des situations où il est question d'une personne vulnérable ou d'urgences imprévues. Les seuls facteurs dont la SPR a semblé tenir compte étaient le manque de rigueur du demandeur qui n'a pas retenu les services d'un conseil plus tôt, et le besoin relatif à l'efficacité administrative. La raison pour laquelle la SPR a exprimé une préoccupation concernant la nécessité de tenir une audience dans les 30 jours conformément au paragraphe 159.9(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, alors qu'elle exerçait ses activités bien à l'extérieur de ces paramètres conformément aux exceptions énoncées au paragraphe 159.9(3), n'était pas claire. La décision de la SPR comportait des lacunes, car elle ne tenait pas compte de plusieurs facteurs qui militaient en faveur de l'ajournement. Même si le paragraphe 54(4) des règles établit un seuil élevé pour l'obtention d'un ajournement, il n'élimine pas l'obligation de tenir compte des facteurs pertinents en faveur de

<sup>1</sup> Conformément à la règle 54, un demandeur d'asile peut demander que soit modifiée la date d'une audience si, à la date à laquelle celle-ci a été fixée par un agent, le demandeur n'était pas représenté par un conseil ou il était incapable de fournir les dates auxquelles son conseil pourrait se présenter à l'audience.



la prise de mesures spéciales. À son tour, la SAR a commis une erreur lorsqu'elle a jugé de façon déraisonnable que la décision de la SPR était exempte d'erreur. La décision de la SAR a été annulée et l'affaire a été renvoyée à la SPR afin qu'une nouvelle décision soit rendue sur le fond par un décideur différent.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 159.9.  
*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256, r. 54.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Tung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1296, [2015] F.C.J. No.1353 (QL).

## CONSIDERED:

*Siloch v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 10 Admin L.R. (2d) 285, [1993] F.C.J. No. 10 (QL) (C.A.).

## AUTHOR CITED

Immigration and Refugee Board of Canada, *Guidelines Issued by the Chairperson, Pursuant to paragraph 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 6 – Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding*, Effective date: April 1, 2010 Amended December 15, 2012.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division (RAD File No. VB9-03948, [2020] R.A.D.D. No. 2475 (QL)) upholding the Refugee Protection Division's decision dismissing the applicant's claim for refugee protection on the basis that he had a viable internal flight alternative. Application allowed.

## APPEARANCES

*Ali Yusuf* for applicant.  
*Brett J. Nash* for respondents.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.9.  
*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256, règle 54.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Tung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1296, [2015] A.C.F. n° 1353 (QL).

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Siloch c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 10 (QL) (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives données par le président, en application de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure*, date d'entrée en vigueur : le 1<sup>er</sup> avril 2010, modifiées le 15 décembre 2012.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (N° de dossier de la SAR : VB9-03948, [2020] D.S.A.R. n° 2475 (QL)), qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés de rejeter la demande d'asile du demandeur parce qu'il avait une possibilité de refuge intérieur viable. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Ali Yusuf* pour le demandeur.  
*Brett J. Nash* pour les défendeurs.

## SOLICITORS OF RECORD

*Ali Yusuf Law Office, Vancouver, for applicant.*

*Deputy Attorney General of Canada for respondents.*

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

[1] BARNES J.: This application is brought by Ismael Estrada Gallardo challenging a decision of the Refugee Appeal Division (RAD) [RAD File No. VB9-03948, [2020] R.A.D.D. No. 2475 (QL)] which dismissed his appeal of a decision of the Refugee Protection Division (RPD). Mr. Gallardo's claim to refugee protection was dismissed by the RPD on the basis that he had a viable internal flight alternative (IFA) in Mexico City.

[2] Mr. Gallardo's appeal to the RAD only challenged the correctness of an RPD ruling denying his request to adjourn the hearing to accommodate a scheduling conflict of his legal counsel. The RAD upheld that ruling and also the correctness of the RPD's IFA finding. This application only concerns the RAD's decision to confirm the RPD's adjournment ruling. This, Mr. Gallardo says, was wrong and a denial of his right to a fair hearing.

[3] The RPD's decision refusing Mr. Gallardo's adjournment request was made by its coordinating member. The transcript of that part of the hearing gave the following rationale for the decision:

MEMB[E]R AZMUDEH: So sir, your counsel keeps saying that you have a right to be represented by counsel, which is partially true, and the partial part is because you have the right of a reasonable opportunity to retain counsel if you wish.

In your particular case this matter was actually referred to us on August 14th, 2018, several months ago with a notice to appear with today's date on it. So I understand that you were confused about the Legal Aid process but you've had plenty of opportunities to clarify the confusion or resort to your friends earlier than just a few days ago or a few

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ali Yusuf Law Office, Vancouver, pour le demandeur.*

*Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.*

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

[1] LE JUGE BARNES : La présente demande est introduite par Ismael Estrada Gallardo, qui conteste une décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (la SAR) [N° de dossier de la SAR : VB9-03948, [2020] D.S.A.R. n° 2475 (QL)] a rejeté son appel d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR). La demande d'asile de M. Gallardo a été rejetée par la SPR parce qu'il avait une possibilité de refuge intérieur (PRI) viable dans la ville de Mexico.

[2] L'appel de M. Gallardo auprès de la SAR contestait seulement la justesse de la décision de la SPR de rejeter sa demande d'ajournement de l'audience pour accommoder un conflit d'horaire de son conseil juridique. La SAR a confirmé cette décision ainsi que le fait que la conclusion de la SPR relative à une PRI était correcte. La présente demande concerne seulement la décision de la SAR confirmant celle de la SPR relative à l'ajournement. Cette décision, selon M. Gallardo, était erronée, et elle brime son droit à une audience équitable.

[3] La décision de la SPR de rejeter la demande d'ajournement de M. Gallardo a été rendue par son commissaire coordonnateur. Selon la transcription de cette partie de l'audience, la décision est justifiée ainsi :

[TRADUCTION] MADAME LA COMMISSAIRE AZMUDEH : Donc, monsieur, votre conseil maintient que vous avez le droit d'être représenté, ce qui est partiellement vrai. Partiellement, car vous avez droit à une occasion raisonnable d'obtenir les services d'un conseil si vous le souhaitez.

En l'espèce, cette question a été vraiment portée à notre attention le 14 août 2018, il y a plusieurs mois, avec un avis de comparution où figurait la date d'aujourd'hui. Donc, je comprends que vous avez eu de la difficulté à comprendre la procédure d'aide juridique, mais vous avez eu amplement l'occasion de dissiper toute confusion ou de faire

weeks ago once you knew when the date was, which was from the get go.

So the right to counsel is not absolute and had you acted in a more timely fashion, you could have exercised the right if you wanted to. And I put all of this in the context of our Rules and our mandate to proceed efficiently and fairly, so first of all our laws would have set a hearing room — hearing date within 30 days because you are from Mexico and the only reason we couldn't abide by that legislative mandate was because of how overwhelmed the Board is. So everything had to happen more quickly if the claimant wants to ensure that they're diligent, because technically our laws even allows for the much quicker hearing date with less notice to the claimant.

You had many months to prep. Our law is that — only requires the hearing date to be a month away from the referral.

INTERPRETER: Okay. I'm sorry, can you —

MEMBER AZMUDEH: During which time you had to retain counsel and do all of this. You had the luxury of many more months, and our natural justice rules are also satisfied with a much quicker action because Rule 54(5) says that you only have five days to apply for a different date after a date is set without a lawyer's calendar being taken into account. So you didn't act within five days. You didn't even act within five months, and the Rules are quite stringent. The date will only be changed in there is an emergency out of the party's control and if they had acted diligently or there is an identified vulnerability. That has not been the case.

So under the circumstance you have not satisfied the requirements of Rule 54. I am not allowing the application to change the date. I also note that other than the initial package of Immigration and the basis of claim form, you have not filed additional documents within 10 days of the hearing on your own either.

[4] The RAD considered the above reasons and found they contained “no errors”. After reviewing the history of the case, the RAD gave the following explanation for

appel à vos amis avant il y a quelques jours ou quelques semaines, soit lorsque vous avez appris la date de comparution, à savoir dès le départ.

Donc, le droit à un conseil n'est pas absolu, et si vous aviez agi plus rapidement, vous auriez pu vous prévaloir de ce droit si vous l'aviez voulu. Et si je replace le tout dans le contexte de nos règles et de notre mandat de procéder efficacement et justement : d'abord, nos lois nous auraient enjoint d'assigner une salle d'audience — une date d'audience dans les 30 jours, car vous êtes du Mexique, et la seule raison pour laquelle nous n'avons pas pu respecter le mandat législatif était parce que la Commission était débordée. Donc, tout devait se passer plus rapidement si le demandeur d'asile veut s'assurer de faire preuve de diligence, car techniquement nos lois permettent même de fixer une date d'audience beaucoup plus rapidement et de donner un préavis plus court au demandeur d'asile.

Vous avez eu plusieurs mois pour vous préparer. Notre loi exige seulement que la date d'audience soit fixée un mois après le renvoi de l'affaire.

INTERPRÈTE : D'accord, je suis désolé, pouvez-vous —

MADAME LA COMMISSAIRE AZMUDEH : Durant cette période, vous deviez retenir les services d'un conseil et prendre toutes ces mesures. Vous disposiez de nombreux mois supplémentaires, et nos règles de justice naturelle permettent aussi des procédures beaucoup plus rapides, car, selon le paragraphe 54(5) des règles applicables, vous avez seulement cinq jours pour soumettre une demande afin d'obtenir une autre date une fois que la date a été fixée sans que l'agenda d'un avocat soit consulté. Vous n'avez pas agi dans les cinq jours. Vous n'avez même pas agi dans les cinq mois, et les règles sont assez strictes. La date sera seulement modifiée si une urgence qui échappe au contrôle de la partie survient et si cette dernière avait fait preuve de diligence ou qu'une vulnérabilité avait été cernée. Cette situation ne s'applique pas en l'espèce.

Donc, dans les circonstances, vous n'avez pas respecté les exigences établies à l'article 54. Je n'autorise pas la demande de changement de date. Je remarque aussi que, sauf la trousse initiale de documents d'immigration et le formulaire Fondement de la demande d'asile, vous n'avez pas non plus rempli d'autres documents par vous-même dans les 10 jours précédant l'audience.

[4] La SAR a tenu compte des motifs mentionnés ci-haut, et elle a conclu qu'ils ne contenaient [TRADUCTION] « aucune erreur ». Après avoir examiné l'historique du

why the RPD's refusal of the adjournment was correct [at paragraphs 18–26]:

The right to counsel in the context of an administrative proceeding such as an IRB refugee hearing is not an absolute right. The law allows refugees the right to representation but it does not stipulate that every claimant must be represented. Further, the IRB plays no role with respect to who gets representation or how the representation is arranged. What is absolute is the right to a fair hearing.

At the hearing of the CDT application, counsel noted that the claim for refugee status was handwritten by the Appellant himself, and counsel advised that it “doesn't seem to address all the issues that need to be addressed”. Whether or not a refugee claimant is prepared by counsel, it is the refugee claimant's responsibility to conduct such basic preparation prior to the RPD hearing. The IRB publishes extensive material on its website to assist refugee claimants in preparing their case. To simply state that the appellant had not conducted basic preparation of his case prior to the hearing represents negligence on his part and not a reviewable error by the RPD.

Counsel has provided some case law regarding postponements and obtaining counsel in the Appeal Record. I have reviewed the decisions and do not find these cases represent analogous fact patterns to the present case. For example, in *Calles*, the applicant had done everything in his power to be represented by legal counsel which is not the case here. In *Ramadani*, in the absence of an acceptable explanation for failing to submit the Personal Information Forms (PIFs) on time, the RPD declared the applicants' claims to have been abandoned. In *Bryndza*, at the time that the PIFs were filed the Applicants were represented by counsel obtained through Legal Aid. In *Singh*, the case dealt with the late withdrawal of counsel.

Counsel also refers to the case of *Siloch*, in which the Federal Court of Appeal, in 1993, prescribed a number of factors administrative tribunals should take into account in responding to a request for a postponement, namely:

- a) whether the applicant has done everything in her power to be represented by counsel;

dossier, la SAR a donné l'explication suivante quant à la raison pour laquelle le refus d'ajournement de la SPR était correct [aux paragraphes 18 à 26] :

Le droit à un conseil dans le contexte d'une procédure administrative comme une audience relative à une demande d'asile devant la CISR n'est pas un droit absolu. La loi accorde aux réfugiés le droit d'être représentés, mais elle ne précise pas que chaque demandeur d'asile doit l'être. En outre, la CISR ne joue aucun rôle dans la question de savoir qui doit être représenté ou comment le demandeur d'asile s'arrange pour avoir une représentation. Ce qui est absolu, c'est le droit à une audience équitable.

À l'audience relative à la demande de changement de date ou d'heure, le conseil a souligné que la demande d'asile avait été remplie à la main par l'appelant lui-même et a affirmé qu'elle [TRADUCTION] «ne semble pas aborder toutes les questions qui doivent être abordées». Que le demandeur d'asile soit préparé ou non par un conseil, il lui incombe de se préparer sommairement en vue de l'audience de la SPR. La CISR publie de nombreux documents sur son site Web afin d'aider les demandeurs d'asile à préparer leur cause. Le fait que l'appelant n'a pas préparé sommairement sa cause avant l'audience constitue de la négligence de sa part, et non une erreur susceptible de révision commise par la SPR.

Dans le dossier d'appel, le conseil a inclus certains cas de jurisprudence portant sur les remises et l'obtention des services d'un conseil. J'ai examiné les décisions et, à mon avis, le contexte factuel de ces affaires n'est pas analogue à celui en l'espèce. Par exemple, dans l'arrêt *Calles*, le demandeur avait tout fait en son pouvoir pour être représenté par un avocat, ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire. Dans la décision *Ramadani*, en l'absence d'une explication acceptable concernant le défaut de présenter les formulaires de renseignements personnels (FRP) dans le délai, la SPR a prononcé le désistement des demandes d'asile des demandeurs. Dans l'affaire *Bryndza*, au moment où les FRP avaient été remplis, les demandeurs étaient représentés par un conseil dont ils avaient retenu les services par l'intermédiaire de l'aide juridique. Dans la décision *Singh*, il était question du retrait tardif de la conseil.

Le conseil invoque également l'arrêt *Siloch*<sup>9</sup>, dans lequel la Cour d'appel fédérale, en 1993, a prescrit un certain nombre de facteurs dont les tribunaux administratifs doivent tenir compte au moment de répondre à une demande de remise, notamment :

- a) la question de savoir si la requérante a fait son possible pour être représentée par un avocat;

- |   |   |
|---|---|
| b) the number of previous adjournments granted;   | b) le nombre d'ajournements déjà accordés;  |
| c) the length of time for which the adjournment is being sought,                          | c) le délai pour lequel l'ajournement est demandé   |
| d) the effect on the immigration system;  | d) l'effet de l'ajournement sur le système d'immigration;   |
| e) would the adjournment needlessly delay, impede or paralyse the conduct of the inquiry, | e) la question de savoir si l'ajournement retarde, empêche ou paralyse indûment la conduite de l'enquête; |
| d) the fault or blame to be placed on the applicant for not being ready;                  | f) la faute ou le blâme à imputer à la requérante du fait qu'elle n'est pas prête;                        |
| g) were any previous adjournments granted on a peremptory basis;                          | g) la question de savoir si des ajournements ont déjà été accordés péremptoirement;                       |
| h) any other relevant factors.  | h) tout autre facteur pertinent.  |

However, the above enumerated factors are not the only ones to be considered. The Immigration and Refugee Board Chairperson's Guidelines provide guidance on this issue and the RPD Rules regarding a change of date or time of proceeding are to be adhered to.

The *Chairperson's Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding* also provides general guidance on the issue. The RPD-specific portion of Guideline 6 states:

The RPD expects parties and their counsel to be ready to proceed on the date and time scheduled for the hearing. **Applications to change the date or time of the hearing will be granted only in exceptional circumstances** (RAD emphasis) and, where the application would cause the hearing to be heard outside the statutory timeframes, only if the evidence indicates that it is necessary in order to conform with the principles of natural justice.

The regular RPD member hearing the appellant's claim confirmed his readiness to proceed, that his documentation was in order, and that as both the claimant and the interpreter were present, the RPD would proceed directly to hear the claim. I believe this approach was correct.

In reviewing the transcript of the RPD hearing, I note the Appellant made clear and lucid replies to the RPD

Toutefois, les facteurs énumérés ci-dessus ne sont pas les seuls dont il faut tenir compte. Les directives du président de la CISR fournissent une orientation sur cette question, et les dispositions des Règles de la SPR concernant le changement de la date ou de l'heure d'une procédure doivent être respectées.

Les Directives numéro 6 du président intitulées Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure fournissent également une orientation générale sur cette question. La partie des Directives numéro 6 propre à la SPR est ainsi libellée :

La SPR s'attend à ce que les parties et leurs conseils soient prêts à présenter leur cas à la date et à l'heure prévues pour l'audience. Les demandes de changement de la date ou de l'heure de l'audience ne seront accueillies que dans des circonstances exceptionnelles (non souligné dans l'original) et, dans les cas où la demande aurait pour effet d'empêcher le respect des délais réglementaires relatif à la tenue des audiences, seulement si la preuve indique que cette mesure est nécessaire pour se conformer aux principes de justice naturelle.

La commissaire régulière de la SPR qui a instruit la demande d'asile de l'appelant a confirmé que ce dernier était prêt à présenter ses arguments, que ses documents étaient en règle et que, comme le demandeur d'asile et l'interprète étaient tous deux présents, la SPR procéderait directement à l'instruction de la demande d'asile. J'estime que cette approche était correcte.

En examinant la transcription de l'audience de la SPR, je constate que l'appelant a fourni des réponses claires et

member's questions. The RPD member fully explained to the Appellant what was going to happen and how the hearing would proceed. The RPD member was careful to explain any technical refugee language such as "Internal Flight Alternative". The RPD member, throughout the hearing, ensured that the Appellant was able to understand the interpreter and his questions. It was apparent that the Appellant understood the nature of the proceedings.

While the Appellant stated at the hearing that he would have liked a lawyer to represent him, he has not indicated that any of his replies to the RPD's questions were incorrect or that his answers were misinterpreted by the RPD member. I therefore find that it was correct for the IRB to have proceeded in the absence of counsel and that there was no breach of procedural fairness. [Footnotes omitted.]

### I. Standard of Review

[5] The Minister argues that the standard of review that applies to the RAD decision is reasonableness. Mr. Gallardo contends that, because the issue before the Court is one of procedural fairness, correctness applies. I need not decide this question because, even if the standard of review is reasonableness, the decision cannot stand.

### II. Analysis

[6] The RPD adjournment rules are somewhat of a strange amalgam. On the one hand, subrule 54(5) of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256, provides for a seemingly presumptive right to an adjournment where the request is made no later than five working days after the day on which the hearing date was fixed and only where counsel is not available on the original date. The timing restriction was presumably imposed because of the strict mandatory timelines for hearings within 30, 45 or 60 days, contained in section 159.9 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations) (see section 7.1, Guidelines Issued by the Chairperson, pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding*).

lucides aux questions de la commissaire de la SPR. La commissaire de la SPR a expliqué en détail à l'appelant ce qui allait se passer et comment l'audience se déroulerait. Elle a pris soin d'expliquer tout terme technique relatif aux réfugiés, comme [TRADUCTION] «possibilité de refuge intérieur». Tout au long de l'audience, la commissaire de la SPR s'est assurée que l'appelant était en mesure de comprendre l'interprète et les questions de ce dernier. Il était évident que l'appelant comprenait la nature de la procédure.

Même si l'appelant a déclaré à l'audience qu'il aurait aimé être représenté par un avocat, il n'a pas signalé que l'une ou l'autre de ses réponses aux questions de la SPR étaient incorrectes ou que ses réponses avaient été mal interprétées par la commissaire de la SPR. Par conséquent, j'estime que la CISR a eu raison d'instruire l'affaire en l'absence du conseil et qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale. [Notes en bas de page omises.]

### I. Norme de contrôle

[5] Le ministre soutient que la norme de contrôle applicable à la décision de la SAR est celle de la décision raisonnable. M. Gallardo affirme que, comme la question devant la Cour concerne l'équité procédurale, la norme de la décision correcte s'applique. Je n'ai pas à tirer de conclusion concernant cette question, parce que même si la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, la décision ne peut pas être maintenue.

### II. Analyse

[6] Les règles de la SPR relatives à l'ajournement sont en quelque sorte un étrange mélange. D'une part, le paragraphe 54(5) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256, prévoit un droit apparent présumé à un ajournement si la demande a été soumise au plus tard cinq jours ouvrables suivant la journée où la date de l'audience a été fixée, et seulement lorsque le conseil n'est pas disponible à la date initiale. La limite de temps a sans doute été imposée en raison de l'échéancier obligatoire strict des audiences — qui doivent se tenir dans les 30, les 45 ou les 60 jours — établi à l'article 159.9 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) (voir la section 7.1 des Directives données par le président, en application de l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure*).



[7] In contrast to subrule 54(5) is subrule 54(4) which states:

**Factors**

(4) Subject to subrule (5), the Division must not allow the application unless there are exceptional circumstances, such as

(a) the change is required to accommodate a vulnerable person; or

(b) an emergency or other development outside the party's control and the party has acted diligently.

[8] I accept the Minister's point that the 2012 amendments that brought in subrule 54(4) were intended to make it more difficult to obtain an adjournment of a scheduled RPD hearing. The previous applicable rule listed 11 non-exhaustive factors that the RPD was required to take into account before it granted or refused an adjournment. The listed factors were similar to those identified in *Siloch v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 10 Admin L.R. (2d) 285, [1993] F.C.J. No. 10 (QL) (C.A.). The 2012 amendments removed all of the enumerated factors and replaced them with the more restrictive language of "exceptional circumstances".

[9] It is against this regulatory history that the reasonableness of the RAD's decision must be tested.

[10] In my view, the RPD erred when it failed to consider all of the relevant circumstances in determining if "exceptional circumstances" were present. While any one factor may not have tipped the balance, several factors taken together may well have done so. This point was made by colleague Justice James O'Reilly in *Tung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1296, [2015] F.C.J. No. 1353 (QL), at paragraphs 7–10:

In my view, the Board failed to take into account the relevant factors cited above and, therefore, unreasonably denied Ms Tung an adjournment. The Board refused an adjournment because Ms Tung had not shown that there were exceptional circumstances, such as vulnerability or

[7] D'autre part, contrairement au paragraphe 54(5), le paragraphe 54(4) des règles applicables est libellé ainsi :

**Éléments à considérer**

(4) Sous réserve du paragraphe (5), la Section ne peut accueillir la demande, sauf en cas des circonstances exceptionnelles, notamment :

a) le changement est nécessaire pour accommoder une personne vulnérable;

b) dans le cas d'une urgence ou d'un autre développement hors du contrôle de la partie, lorsque celle-ci s'est conduite avec diligence.

[8] J'accepte l'observation du ministre selon laquelle les modifications de 2012 qui ont introduit le paragraphe 54(4) visaient à faire en sorte qu'il soit plus difficile d'obtenir un ajournement d'une audience prévue de la SPR. La règle qui s'appliquait précédemment faisait état d'une liste non exhaustive de 11 facteurs dont la SPR devait tenir compte avant d'accepter ou de refuser un ajournement. Les facteurs énoncés étaient similaires à ceux cernés dans *Siloch c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 10 (C.A.). Dans le cadre des modifications de 2012, tous les facteurs énumérés ont été retirés pour être remplacés par le terme plus restrictif « circonstances exceptionnelles ».

[9] C'est en fonction de l'historique de cette règle que le caractère raisonnable de la décision de la SAR doit être évalué.

[10] Selon moi, la SPR a commis une erreur en ne tenant pas compte de toutes les circonstances pertinentes afin de décider si des « circonstances exceptionnelles » étaient survenues. Même si un seul facteur n'aurait pas fait pencher la balance, plusieurs facteurs pris ensemble auraient très bien pu le faire. C'est ce qu'a déclaré mon collègue le juge James O'Reilly dans l'affaire *Tung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2015 CF 1296, [2015] A.C.F. n° 1353 (QL), aux paragraphes 7–10 :

À mon avis, la Commission a omis de prendre en compte les facteurs pertinents susmentionnés et a par conséquent déraisonnablement refusé un ajournement à M<sup>me</sup> Tung. La Commission a justifié sa décision par le défaut de M<sup>me</sup> Tung de démontrer qu'il existait des circonstances

an emergency beyond her control. But the latter are merely examples of exceptional circumstances. The Board appeared not to consider whether Ms Tung's personal situation amounted to exceptional circumstances in the broader sense.

In addition, the Board did not consider the applicability of Rule 54(5). As mentioned above, there are circumstances where the Board must grant an adjournment under that provision. Where those circumstances do not exist, the Board nonetheless has the discretion to grant an adjournment where the applicant's personal situation warrants it.

Had the Board taken account of Ms Tung's personal situation, it would have considered that:

- Ms Tung had not made any prior adjournment requests;
- She was requesting a short delay;
- There was no evidence of any prejudice; and
- Neither Ms Tung nor her counsel was prepared for the hearing.

In the circumstances, therefore, I find that the Board's rejection of Ms Tung's request was unreasonable for failure to consider her personal situation.

[11] The Chairperson Guideline 6 dealing with scheduling and adjournments deals explicitly with the issue of the unavailability of counsel. Section 3.6 states:

### 3.6 Counsel

3.6.1 The IRB recognizes that parties have the right to be represented by counsel, but this right is not absolute. The opportunity to retain counsel is not unlimited. The parties and any counsel they choose to retain must be ready and able to appear and proceed according to the scheduling requirements of the division and the requirements of the legislation.

3.6.2 If counsel is retained after a date has already been set for a proceeding, the party is responsible for making

exceptionnelles, comme la vulnérabilité ou une urgence hors de son contrôle. Or, ce ne sont que des exemples de circonstances exceptionnelles. La Commission ne semble pas avoir cherché à savoir si la situation personnelle de M<sup>me</sup> Tung pouvait être assimilable à des circonstances exceptionnelles au sens large.

La Commission n'a pas non plus cherché à savoir si le paragraphe 54(5) des Règles était applicable. Comme je l'ai déjà mentionné, la Commission peut dans certaines circonstances être tenue d'accorder un ajournement en vertu de cette disposition. En l'absence de telles circonstances, la Commission a néanmoins le pouvoir discrétionnaire d'accorder un ajournement lorsque la situation personnelle du demandeur le justifie.

Si la Commission avait tenu compte de la situation personnelle de M<sup>me</sup> Tung, elle aurait constaté que :

- M<sup>me</sup> Tung n'avait encore jamais fait de demande d'ajournement;
- le délai demandé était court;
- rien ne donnait à penser qu'un préjudice serait cause;
- ni M<sup>me</sup> Tung ni son conseil n'étaient préparés pour l'audience.

Dans ces circonstances, je conclus qu'il était déraisonnable de la part de la Commission de rejeter la demande de Mme Tung étant donné qu'elle n'avait pas examiné la situation personnelle de cette dernière.

[11] Les Directives n° 6 du président relatives à la mise au rôle et aux changements de la date ou de l'heure d'une procédure traitent explicitement de la question de l'indisponibilité du conseil. Selon la section 3.6 :

### 3.6 Conseils

3.6.1 La CISR reconnaît que les parties ont le droit de se faire représenter par un conseil, mais ce droit n'est pas absolu. La possibilité de recourir aux services d'un conseil n'est pas illimitée. Les parties et tout conseil dont les services sont retenus doivent être prêts à comparaître et à poursuivre la procédure et en mesure de le faire conformément aux exigences de mise au rôle de la section et aux exigences de la loi.

3.6.2 Si le conseil est choisi après qu'une date a déjà été fixée pour une procédure, il incombe à la partie de veiller

sure that counsel is available and ready to proceed on the scheduled date. The IRB does not generally allow applications to change the date or time of a proceeding if a party chooses to retain counsel who is not available on a date that has already been fixed.

3.6.3 The IRB provides the parties with reasonable notice of the date and time of a proceeding in every case, which will vary according to the circumstances and the type of proceeding. The IRB therefore expects that counsel will be available and prepared to present the party's case on the date and time set by the IRB. Where, for any reason, counsel is unable to appear at a proceeding, counsel is expected to make the necessary arrangements to be replaced by another counsel who is prepared to proceed with the case on the scheduled date and time. If counsel does not appear, the IRB may decide to proceed without counsel or, if applicable, to start abandonment proceedings or to conclude that a case has been abandoned.

3.6.4 The fact that counsel wants to take time off, fulfil other professional duties or attend to personal matters that are neither urgent nor unforeseen are not sufficient reasons to allow an application to change the date or time of a proceeding. [Footnotes omitted.]

[12] Although this Guideline expresses a generally negative sentiment toward adjournments based on counsel availability, it does not rule out that possibility. Section 3.6.4 also says that personal or professional conflicts of a non-urgent nature are insufficient to justify an adjournment. This suggests that professional conflicts of a more urgent nature need to be taken into account and may support an adjournment.

[13] When rule 54 is read harmoniously with the Chairperson Guideline 6, it becomes clear that "exceptional circumstances" are not confined to situations involving a vulnerable person or unexpected emergencies. All relevant factors should be considered and weighed against the need for administrative efficiency.

[14] In denying Mr. Gallardo's request for an adjournment, the RPD was relying on subrule 54(4). The only factors the RPD seems to have considered were Mr. Gallardo's lack of diligence in retaining counsel sooner than he did

à ce que le conseil soit disponible et prêt à poursuivre la procédure à la date fixée. En règle générale, la CISR n'accueille pas les demandes de changement de la date ou de l'heure d'une procédure si la partie retient les services d'un conseil qui n'est pas disponible à la date qui a déjà été fixée.

3.6.3 La CISR donne toujours aux parties un avis raisonnable de la date et de l'heure de la procédure, qui varie en fonction des circonstances et du type de procédure. La CISR s'attend donc à ce que les conseils soient disponibles et préparés à présenter le cas de la partie. Si, pour une raison quelconque, le conseil ne peut se présenter à l'audience prévue, il doit prendre les mesures nécessaires pour se faire remplacer par un autre conseil qui est prêt à poursuivre l'affaire à la date et à l'heure prévues. Si le conseil ne se présente pas, la CISR peut décider de poursuivre l'affaire en l'absence du conseil ou, s'il y a lieu, d'entamer la procédure de désistement ou de prononcer le désistement de l'affaire.

3.6.4 Ni le désir du conseil de prendre congé, ni son obligation de s'acquitter d'autres responsabilités professionnelles, ni sa volonté de s'occuper d'affaires personnelles qui ne sont ni urgentes ni imprévues ne constituent des raisons valables de faire droit à une demande de changement de la date ou de l'heure de la procédure. [Notes en bas de page omises.]

[12] Même si cette directive joue généralement en défaveur des ajournements en raison de l'indisponibilité du conseil, elle n'écarte pas la possibilité. Selon la section 3.6.4, des conflits personnels ou professionnels non urgents sont aussi insuffisants pour justifier un ajournement; ce qui laisse entendre qu'il faut tenir compte des conflits professionnels plus urgents, et qu'ils peuvent justifier un ajournement.

[13] Lorsque la règle 54 est lue de pair avec les Directives n° 6 du président, il est clair que des « circonstances exceptionnelles » ne se limitent pas à des situations où il est question d'une personne vulnérable ou d'urgences imprévues. Il faut tenir compte de tous les facteurs, et les évaluer par rapport au besoin relatif à l'efficacité administrative.

[14] Au moment de refuser la demande d'ajournement de M. Gallardo, la SPR s'appuyait sur le paragraphe 54(4) des règles applicables. Les seuls facteurs dont la SPR a semblé tenir compte étaient le manque de rigueur de

and the need for administrative efficiency. It is not clear to me why the RPD expressed a concern about the need for a hearing within 30 days in accordance with subsection 159.9(1) of the Regulations when it was operating well outside of those parameters in accordance with the exceptions found in subsection 159.9(3). Indeed, Mr. Gallardo's hearing was initially scheduled to be heard more than eight months after referral to the RPD. This history detracts from the rationale for a strict adherence to fast-track scheduling and effectively renders the RPD discussion of it irrelevant.

[15] The RPD decision is deficient because it failed to take account of several factors that favoured an adjournment, including the following:

- (a) The adjournment request was made in writing two days before the scheduled hearing;
- (b) Counsel appeared and explained that he had a scheduling conflict that could not be avoided;
- (c) Counsel provided several early dates when he could be available;
- (d) This was the first and only request for an adjournment;
- (e) Mr. Gallardo had difficulty obtaining financial assistance to retain counsel;
- (f) No inquiry was made of Mr. Gallardo's capacity to represent himself despite counsel's advice that Mr. Gallardo had not been properly prepared and the claim had been inadequately put together without the assistance of counsel.

[16] While subrule 54(4) establishes a high bar for obtaining an adjournment, it does not eliminate the obligation to consider relevant factors that favour the granting of

M. Gallardo qui n'a pas retenu les services d'un conseil plus tôt, et le besoin relatif à l'efficacité administrative. Selon moi, la raison pour laquelle la SPR a exprimé une préoccupation concernant la nécessité de tenir une audience dans les 30 jours conformément au paragraphe 159.9(1) du Règlement, alors qu'elle exerçait ses activités bien à l'extérieur de ces paramètres conformément aux exceptions énoncées au paragraphe 159.9(3), n'est pas claire. En effet, l'audience de M. Gallardo était initialement prévue plus de huit mois après que la demande a été soumise à la SPR. Cet historique diverge de la justification relative à une adhérence stricte visant à accélérer la mise au rôle, et fait en sorte que l'analyse de la SPR à cet égard n'est pas pertinente.

[15] La décision de la SPR comporte des lacunes, car elle ne tient pas compte de plusieurs facteurs qui militaient en faveur de l'ajournement, y compris ceux qui suivent :

- a) La demande d'ajournement a été faite par écrit deux jours avant la date fixée de l'audience
- b) Le conseil a comparu, et il a expliqué qu'il avait un conflit d'horaire qui ne pouvait pas être évité
- c) Le conseil a fourni plusieurs dates rapprochées auxquelles il pourrait être disponible
- d) Il s'agissait de la première, et de la seule, demande d'ajournement
- e) M. Gallardo a eu de la difficulté à obtenir de l'aide financière afin de retenir les services d'un conseil
- f) M. Gallardo n'a aucunement été questionné au sujet de sa capacité de se représenter lui-même, malgré le fait que le conseil ait mentionné que M. Gallardo n'avait pas été préparé convenablement, et qu'en l'absence d'un conseil, la demande d'asile n'avait pas été préparée correctement.

[16] Même si le paragraphe 54(4) des règles applicables établit un seuil élevé pour l'obtention d'un ajournement, il n'élimine pas l'obligation de tenir compte des facteurs

relief, including those noted above. By confining the test to two examples given in subrule 54(4), the RPD clearly erred and deprived Mr. Gallardo of the opportunity to be represented by counsel.

[17] In turn, the RAD erred when it unreasonably ruled that the RPD decision was error free. Although the RAD did pay lip service to the idea that the *Siloch*, above, factors needed to be considered, it made no explicit attempt to do so.

[18] An appeal body cannot rectify a breach of procedural fairness by wrongly declaring that the process was fair or that, had the correct ruling been made, it was inevitable that an adjournment would have been refused. The working assumption must always be that if due process had been observed, the outcome might have been different. That is particularly the case here where the procedural lapse resulted in the denial of legal representation to an ill-prepared and unsophisticated claimant and where several other factors favoured the grant of relief. Taken together, those factors might well have overcome the competing considerations of a lack of diligence and the need for efficiency. Had counsel been present, it is also uncertain that the claim would have been denied on the merits.

[19] There is no means now for the RAD to fix this problem after-the-fact, and it is pointless to return the case there for reconsideration. I am therefore quashing this RAD decision and returning the case to it under a direction that the matter be remitted to the RPD for a new hearing on the merits before a different decision maker. Presumably when the matter is rescheduled, Mr. Gallardo will appear with counsel ready to proceed.

[20] Mr. Gallardo has proposed a certified question which the Minister opposes. Having regard to the disposition of this matter, no question will be certified.

pertinents en faveur de la prise de mesures spéciales, y compris ceux énoncés plus haut. En limitant le critère établi au paragraphe 54(4) à deux exemples, il est évident que la SPR a commis une erreur et a privé M. Gallardo de l'occasion d'être représenté par un conseil.

[17] À son tour, la SAR a commis une erreur lorsqu'elle a jugé de façon déraisonnable que la décision de la SPR était exempte d'erreur. Même si la SAR a souscrit au fait qu'il fallait tenir compte des facteurs mentionnés plus haut dans l'affaire *Siloch*, elle n'a visiblement pas tenté de le faire.

[18] Un tribunal d'appel ne peut pas corriger un manquement à l'équité procédurale en déclarant à tort que la procédure était équitable ni que, si la bonne décision avait été rendue, il était inévitable qu'un ajournement soit refusé. La présomption doit toujours être telle que si le processus avait été appliqué en bonne et due forme, le résultat aurait pu être différent; particulièrement dans le cadre de la présente affaire, où un vice procédural a entraîné le refus d'une représentation juridique à un demandeur d'asile mal préparé et peu expérimenté, et où plusieurs autres facteurs étaient favorables à la prise de mesures spéciales. Pris ensemble, ces facteurs auraient très bien pu l'emporter sur les considérations relatives au manque de rigueur et au besoin d'efficacité. Il est aussi impossible de dire si la demande d'asile aurait été refusée parce qu'elle n'était pas fondée, si un conseil avait été présent.

[19] Rien ne permet présentement à la SAR de régler ce problème après coup, et il ne sert à rien de lui renvoyer l'affaire pour qu'elle soit réévaluée. Par conséquent, j'annule cette décision de la SAR, et je renvoie l'affaire afin qu'elle soit entendue de nouveau par un tribunal nouvellement constitué de la SPR dans le cadre d'une audience sur le fond. Lorsqu'une nouvelle date sera fixée à cet égard, M. Gallardo comparaitra sans doute avec un conseil prêt à le représenter.

[20] M. Gallardo a proposé une question à certifier à laquelle le ministre s'est opposé. Vu la décision rendue en l'espèce, aucune question ne sera certifiée.

## JUDGMENT IN IMM-4079-20

THE COURT ADJUDGES that this application is allowed and the decision of the Refugee Appeal Division is set aside. The Refugee Appeal Division is directed to return this matter to the Refugee Protection Division for a redetermination on the merits before a different decision maker.

## JUGEMENT DANS LE DOSSIER IMM-4079-20

LA COUR CONCLUT que la demande est accueillie, et la décision de la Section d'appel des réfugiés est annulée. La Section d'appel des réfugiés doit renvoyer l'affaire à la Section de la protection des réfugiés afin qu'une nouvelle décision soit rendue sur le fond par un décideur différent.





# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ABORIGINAL PEOPLES

Duty to consult — Judicial review of Order in Council (OIC) P.C. 2019-0784 issued by Governor in Council (GIC) directing National Energy Board (NEB) to issue Certificate of Public Necessity and Convenience (Certificate) for Manitoba-Minnesota Pipeline Project (Project), now built, in operation since July 2020 — Applicants each challenging adequacy of Canada’s consultation for Project, reasonableness of GIC’s decision — Project international transmission line operated by Manitoba Hydro running from Winnipeg to Manitoba/Minnesota border, crossing Treaty 1 territory — Project needed to be approved by both Manitoba, Canada — Consultation taking place in three phases: Manitoba approval process, NEB hearing, supplemental consultation — Purpose of supplementary consultation to identify any outstanding concerns regarding Project-related impacts to Aboriginal, Treaty rights not communicated to NEB or not addressed by NEB, to discuss incremental accommodation measures if appropriate — Documents sent to First Nations, including “Summary of Information Available and Preliminary Depth of Consultation Assessment” (DCA) summarizing Aboriginal, Treaty rights, potential project impacts on those rights, Canada’s preliminary assessment of depth of consultation owed to each First Nation — Canada sending draft annex of Crown Consultation and Accommodation Report (CCAR) specific to each First Nation for their review, comment — Consultations held with Peguis First Nation, Animakee Wa Zhing (AWZ), Roseau River First Nation, Long Plain First Nation — Issue 1: Whether Canada properly assessed scope of its duty to consult, accommodate First Nations — AWZ’s position that Canada incorrectly determined that Project’s impacts on AWZ were low, therefore AWZ owed moderate degree of consultation — Because AWZ’s right to harvest moose, to enjoy its reserve lands were impacted they were owed high level of consultation — Roseau River, Long Plain First Nations submitting that Canada pre-determined scope of duty to consult without conducting any consultation with Roseau River or Long Plain — Submitting further that Canada erred when it incorrectly determined that Roseau River was owed “medium” level of consultation, Long Plain was owed “low” level of consultation — Substance of consultation more important than its form — Canada owed AWZ moderate to high level of consultation — Fact that depth of consultation assessment changed as matter progressed demonstrating willingness to listen, to be flexible — Regardless of fact of varying assessments between three First Nations, three First Nations consulted on deep level — Issue 2: Whether, as matter of constitutional law, reasonable for GIC to conclude that Canada’s consultation with Peguis, AWZ, Roseau River, Long Plain First Nations adequate — Canada failing to meet substantive requirements of duty to consult with Peguis — Process of supplementary consultation having to meet requirements of adequate consultation — No indication on record that Canada, Peguis engaged in substantive consultation with two-way conversation — Consultation framework capable of meeting requirements of duty to consult, however in substance duty not met — No opportunity for Peguis to express its outstanding concerns through correspondence, teleconference, community meeting, meeting with leadership or otherwise — No opportunity for Peguis to meet Canada either before draft CCAR or before finalizing CCAR to express their concerns — During supplementary consultation, AWZ raised issue of Project’s impact on moose — Crown concluding in CCAR that potential impact of Project on ability of members of AWZ to exercise their Aboriginal, Treaty rights related to moose not significant — Here, Canada meeting requirements of deep consultation as described in case law — Supplementary consultation afforded AWZ opportunity to raise these issues — Not Court’s role to weigh scientific evidence or to prefer one of First Nations’ or Hydro’s submissions; that is role of NEB, Crown — Neither *Bigstone Cree Nation v. Nova Gas Transmission Ltd*, 2018 FCA 89, 16 C.E.L.R. (4th) 1 (*Bigstone*) nor *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2010 BCSC 359, [2010] 11 W.W.R. 752 standing for proposition that duty to consult requiring species-specific study or mitigation plan — Fact that Canada’s, AWZ’s views diverged not meaning AWZ’s views must be preferred or that Canada did not genuinely consider them — Consultation with AWZ on issue of

**ABORIGINAL PEOPLES—Concluded**

water levels adequate — Duty to consult not requiring Crown to ensure that impacted First Nations benefit from contemplated activity — Fact that AWZ not benefiting from Project not an infringement of their Aboriginal or Treaty rights — GIC reasonably concluded that Canada met its duty to consult, accommodate AWZ — Regarding Long Plain, Roseau River First Nations, consultation not left too late, any delay in getting to substance of consultation attributable equally to both parties — Canada not ignoring or dismissing Long Plain, Roseau River’s Treaty Land Entitlement concerns— While duty to consult requiring Crown to seriously consider accommodation, there is no guarantee of accommodation — Open to NEB, GIC to enact prospective accommodation measure — No duty to agree on accommodation measures — Issue 3: Whether, as matter of administrative law, GIC’s decision reasonable — Relevant provision of *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, *Bigstone, Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3 stating that GIC required to give reasons when deciding whether or not to issue certificate for pipeline — No corresponding statutory requirement when considering international power line — GIC may rely on reasoning in NEB report, CCAR — In context of duty to consult, deep consultation requiring provision of reasons explaining how First Nations’ concerns considered, impacted outcome — Here, NEB report, CCAR fulfilling that requirement in this context — GIC properly considered Indigenous interests, consultation, accommodation — However, CCAR not showing how concerns heard from Peguis were considered in supplemental consultation, impacted outcome thereof because that process did not occur — Therefore, conclusion reached by GIC that Crown satisfied its duty to consult could not be based on underlying facts with respect to Peguis — GIC reasonable for other applicants — Reasons, record transparent, intelligible, reasonable regarding AWZ, Long Plain, Roseau River First Nations — As to remedy, declaration issued that in failing to substantively engage with Peguis during supplemental consultation, Canada not adequately discharging its duty to consult — Application in T-1147-19 allowed; applications in T-1141-19, T-1150-19, T-1442-19 dismissed.

PEGUIS FIRST NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1147-19, T-1141-19, T-1150-19, T-1442-19, 2021 FC 990, McVeigh J., reasons for judgment dated September 24, 2021, 94 pp.)

**ADMINISTRATIVE LAW**

*See also: Aboriginal Peoples*

Judicial review of resolution adopted by respondent’s council barring applicant from obtaining contracts from Nation or its affiliates — Respondent, First Nation governed by *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, *First Nations Fiscal Management Act*, S.C. 2005, c. 9 — Over years, either directly or through its subsidiaries, retaining services of applicant, contractor specializing in water, sewer systems, offering variety of other services, to perform work in community — Contractual dispute arising between applicant, wholly-owned subsidiary of respondent’s but matter settled through confidential agreement — Later, respondent adopting resolution at issue; applicant never informed that such matter to be discussed — Applicant asserting, in particular, that process leading to adoption of resolution not complying with requirements of procedural fairness; that decision unreasonable because based on irrelevant or extraneous considerations — Present application for judicial review concerning private decision even though decision made by public body — If applicant having any recourse respecting resolution, such recourse action in contract or in tort, not judicial review — Resolution not by-law made pursuant to *Indian Act*, s. 81 — Is act of governmental body that creates rules binding on all persons or category of persons under jurisdiction of that body — Because not by-law, impugned resolution cannot bind third parties — Not binding respondent’s members, who remain free to contract with applicant if they wish to do so — Resolution known as band council resolution (BCR), which is expression of will of First Nation’s council — BCR usually cannot create rights, duties for members of First Nation or third parties — Through BCR, council may exercise powers expressly granted to it — Impugned resolution decision of respondent not to contract with applicant; may also be instruction to its wholly-owned subsidiaries to refrain from doing so — Decision reversible — Applicant arguing that impugned decision should not be characterized based on what it is but on how council should have acted to implement its desire to ban it from doing work in community; that council should have adopted by-law to accomplish this — Impugned resolution can only be subject to judicial review if public in nature — While very difficult to draw clear line between private, public decisions, characterization of certain kinds of decisions firmly established — Thus, contracting quintessentially private power — Impugned resolution pertaining to exercise of First Nation’s power to contract — Private in nature, not subject to judicial review — Court previously finding that purely contractual decision of First Nation councils not subject to application for judicial review but certain exceptions made involving exercise of powers conferred by *Indian Act* or similar legislation — In present case, contracts between applicant, respondent pertaining to construction work, not to possession of reserve lands nor to any power granted by *Indian Act* or other federal legislation — Not assisting applicant to argue that impugned resolution not pertaining to specific contract — Decision not to enter into contract is as much private as opposite decision — Absent legal restrictions, choice of contracting partner within discretion granted to natural, legal persons by private law — Despite that work performed for respondent

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

or affiliates in present case pertaining mainly to public infrastructure, what is relevant is nature of relationship between public body, contractor or employee, not nature of services that public body providing to constituents — Fact that *Indian Act*, s. 81 empowering First Nations councils to enact by-laws regarding various kinds of public infrastructure having no bearing on matter — Lastly, unclear that invalidating impugned resolution would bring any tangible benefit to applicant — Public law remedies would not be adequate — Thus, granting present application for judicial review would not suppress respondent's freedom to contract, including freedom to choose its contracting partners — In conclusion, impugned resolution was within exercise of private power; therefore, not subject to judicial review — Given such finding, not necessary to determine whether respondent acted as federal board, commission or other tribunal, within meaning of *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 — Court not having jurisdiction to review impugned resolution — Application dismissed.

KNIBB DEVELOPMENTS LTD. v. SIKSIKA NATION (T-34-21, 2021 FC 1214, Grammond J., reasons for judgment dated November 9, 2021, 10 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Motion pursuant to *Federal Court Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 51 appealing decision of Prothonotary (2021 FC 536) requiring plaintiff Ministers to disclose a number of documents over which privilege claimed — Prothonotary holding that nature of proceeding required Ministers to comply with level of disclosure articulated in *R v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 — In underlying action, Ministers seeking declarations pursuant to *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 that defendant obtained Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances (Act, s. 10.1(1)); that defendant inadmissible to Canada on grounds of having violated human or international rights (Act, s. 10.5(1)) — In course of litigation, Ministers produced affidavit listing several documents which Ministers claimed were not producible because of litigation privilege — Prothonotary ruled that many were producible, even though privileged, as *Stinchcombe* principles applied to litigation — Whether Court having jurisdiction to hear this appeal pursuant to Act, s. 10.6 — Ministers arguing that s. 10.6 does not bar appeal of interlocutory decision of prothonotary, which is appealable pursuant to r. 51(1) — Arguing s. 10.6 only barring appeals of Federal Court decisions to Federal Court of Appeal — Whether appeal herein barred by virtue of s. 10.6 — Court without jurisdiction to hear this appeal — Grammatical, ordinary sense of words in s. 10.6 indicating that that no appeal lying from any interlocutory judgment in action for declaration under ss. 10.1(1) or 10.5(1) — Ministers' interpretation creating unexpected, curious result: motion for production heard by prothonotary may be appealed to judge; however, no appeal if same motion heard by judge — Statutory provision barring appeal from order of prothonotary under r. 51(1) not requiring that the statutory provision specifically reference r. 51(1) — R. 1.1(2) providing that statutory provision inconsistent with Rules governs — Interplay of statutory provision barring appeal, r. 1.1(2) considered in *Yogalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 540, [2003] 4 F.C. D-104 — No principled basis found to interpret s. 10.6 as applying only to decisions made by Federal Court judges — S. 10.6 removing Court's jurisdiction to hear appeal of Prothonotary's decision in this matter — Motion dismissed.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. JOZEPOVIĆ (T-1862-17, 2021 FC 923, Zinn J., reasons for order dated September 7, 2021, 7 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Judicial review of Canadian Human Rights Commission decision dismissing applicant's human rights complaint as trivial pursuant to *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA), s. 41(1(d)) — Applicant, Canadian citizen of Lebanese origin, boarded aircraft at Halifax International Airport — On airplane, told by flight attendant to remove jacket from empty seat — Applicant expressing displeasure with flight attendant — Exited airplane with Air Canada agent — Agent informing applicant that he would not be allowed to travel on flight due to his misconduct — Noting on applicant's Passenger Name Record that he had been "verbally abusive toward a flight attendant and gate staff", alerting Air Canada's corporate security — Air Canada subsequently imposing travel ban on applicant until he no longer presented risk — Applicant filing complaint with Commission alleging discrimination by Air Canada on grounds of race, national or ethnic origin, colour, or religion — Commission preparing screening report pursuant to CHRA, ss. 40, 41 (40/41 report) due to possible application of *Convention*

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

*for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*<sup>1</sup> (Montreal Convention) — Report recommending that Commission not deal with complaint because it could more appropriately be dealt with according to a procedure provided for under another Act of Parliament, and/or it was trivial and/or vexatious — Commission dismissing complaint based solely on application of Montreal Convention — Holding that, even if applicant’s complaint well-founded, any meaningful remedy foreclosed by *Carriage by Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-26 (CAA) — Finding that travel ban issued against applicant had been retracted, no longer in dispute— Also finding that applicant had received compensation for Air Canada’s refusal to transport him — Whether Commission having power to interpret, apply law beyond its enabling statute — Commission reasonably holding that question of whether certain remedies precluded by CAA, Montreal Convention falling within powers, duties, functions conferred upon it by CHRA, ss. 41(1)(c),(d) — No dispute that Commission having power to determine legal questions pertaining to limits of its own jurisdiction — S. 41 mandating Commission to deal with any complaint unless complaint appearing to be beyond its jurisdiction — Commission having broad discretionary power, enjoying remarkable degree of latitude when performing its screening function — Whether Commission decision to dismiss complaint reasonable — Decision to dismiss applicant’s complaint as trivial unreasonable — Despite adopting findings, analysis, conclusion of 40/41 report, Commission not considering whether remedies other than financial compensation appropriate in event that applicant’s complaint upheld — This may be due to report’s conclusion no practical remedy that Canadian Human Rights Tribunal could order for complainant — However, report’s conclusion premised on full, final settlement of applicant’s complaint — Applicant not having opportunity to respond to two issues based on Air Canada’s *ex parte* submissions — Unreasonable for Commission to adopt finding in 40/41 report that corrective measures other than financial compensation would not be useful, only because applicant had not sought to include them in settlement — Complainant’s preferences regarding remedies, corrective measures not binding either Commission or Tribunal — Both of these administrative bodies having independent power, duty to identify remedies appropriate in circumstances — Commission assuming that possible unavailability of financial compensation for breaches of human rights in context of international air travel bar to all meaningful remedies — Failing to consider whether other remedies might be appropriate — Matter remitted to Commission for redetermination — Application allowed.

ZOGHBI V. AIR CANADA (T-951-20, 2021 FC 1154, Fothergill J., reasons for judgment dated October 28, 2021, 25 pp.)

**JUDGES AND COURTS**

*See also: Food and Drugs*

Appeal from Federal Court decision (2019 FC 904) upholding Minister of Health’s refusal to grant data protection for appellant’s SPRAVATO drug on basis SPRAVATO not “innovative drug” eligible for such protection — Minister determining that SPRAVATO’s medicinal ingredient variant of medicinal ingredient in previously approved drug — Basing decision in part on Federal Court of Appeal’s interpretation of relevant regulation in *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70 — Appellant asking Court herein to revisit Takeda, to conclude differently with respect to proper interpretation of regulation in issue — Canada’s data protection regime contained in *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 as amended by *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241 (Data Protection Regulations) — Data Protection Regulations stating that data protection provided to “innovative drugs” — “Innovative drug” defined in Data Protection Regulations, s. C.08.004.1(1) as “a drug that contains a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the Minister and that is not a variation of a previously approved medicinal ingredient such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph” — Majority in *Takeda* determined, *inter alia*, open to Governor in Council to decide, as matter of policy, that salts, esters, enantiomers, solvates, polymorphs not sufficiently different so as to be considered “new chemical entities” — Dissenting opinion in *Takeda* found that Minister’s interpretation of s. C.08.004.1(1) too literal, running counter to context surrounding purpose of Data Protection Regulations — SPRAVATO treatment for major depressive disorder — Medicinal ingredient thereof esketamine hydrochloride, enantiomer of ketamine hydrochloride — Appellant’s primary argument in present case that majority decision in *Takeda* wrongly decided, that Court should reinterpret s. C.08.004.1(1) in manner espoused by minority — Main issue whether *Takeda* should be followed — *Stare decisis* doctrine provides that decisions from same level of court should be followed unless compelling reason not to do so — Appellant not showing “exceptional circumstances” in this case justifying departure from majority decision in *Takeda* — No admissible evidence herein that economic, social or political circumstances underlying *Takeda* have changed since that case decided — Fact that dissenting Judge in *Takeda* member of panel herein not

<sup>1</sup> Signed at Montréal, May 28, 1999, being Schedule VI to the *Carriage by Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-26.

**JUDGES AND COURTS—Concluded**

changing anything — No panel of Court sitting in appeal of other panels — *Stare decisis* providing that judges should follow prior decisions, even when disagreeing with them — Appeal dismissed.

JANSSEN INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-252-20, 2021 FCA 137, Mactavish J.A., public reasons for judgment dated July 12, 2021, 24 pp.)

**PRACTICE**

## CONFIDENTIALITY ORDERS

*See also: Ethics*

Motion by Office of Commissioner of Lobbying of Canada pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 151, 318, 369 for: (1) order that Commissioner be precluded from providing certain confidential investigative materials in Certified Tribunal Record (CTR) it is required to produce, or in alternative, (2) confidentiality order for anonymization of portions of Court's file, creation, filing of redacted public version of CTR, along with confidential version of CTR for Court, parties, necessary extension of time — Lobbying Commissioner tabled two reports before Parliament regarding investigation by her office into whether Mr. Benjamin Bergen, Ms. Dana O'Born, respectively, both registered in-house organization lobbyists employed by Council of Canadian Innovators (CCI), contravened Lobbyists' Code of Conduct — Applicant filed initial requests asking Lobbying Commissioner to investigate, rule on whether actions of Mr. Bergen, Ms. O'Born violated Code, rr. 6, 7, 8 or 9 — Lobbying Commissioner conducted its assessment pursuant to Code, rr. 6, 9 — Reports concluded neither Mr. Bergen nor Ms. O'Born contravened Code — Mr. Bergen previously volunteered for Honourable Chrystia Freeland's by-election campaign in 2013; acted as co – campaign manager of her re-election campaign in 2015 — Lobbying Commissioner conducted investigation on whether Mr. Bergen contravened rule 6 or rule 9 (Political Activities) of Code by lobbying Honourable Chrystia Freeland, members of her ministerial staff after undertaking political activities on behalf of Ms. Freeland — Investigation found no evidence of lobbying Ms. Freeland but found that while Ms. Freeland was Minister of International Trade, Mr. Bergen attended meeting with Honourable David Lametti (then Parliamentary Secretary to Minister of International Trade), with member of his constituency (MP) staff — Pursuant to Code, r. 9, Lobbying Commissioner not finding Mr. Lametti in his capacity as Parliamentary Secretary constituting “staff” in Ms. Freeland's office for purposes of Rule 9; therefore, Mr. Bergen not contravening rule 9 — Lobbying Commissioner also found no basis to conclude Mr. Bergen placed Ms. Freeland in real or apparent conflict of interest contrary to Code, rule 6 — Report finding similar conclusions regarding Ms. O'Born — Lobbying Commissioner's previous motions to dismiss both Bergen, O'Born applications dismissed — Both reports subject of judicial reviews — Next step involving filing of CTR but parties unable to agree on what to include in CTR — As result, agreeing that Lobbying Commissioner would apply for Order withholding from CTR all material not already public, or in alternative, apply for confidentiality Order — Alternative order drafted by Lobbying Commissioner providing for Public CTR, Confidential CTR — Whether Order should be granted — Under *Lobbying Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44, Parliament decided Lobbying Commissioner (officer of Parliament) must conduct her investigations in private, not disclose any information that comes to her knowledge in course of investigation, subject to narrow exceptions — Thus, in part to maintain trust, confidence in investigation process, *Lobbying Act* requiring confidentiality subject to exceptions in ss. 10.4(6)(a),(b),(c) — General importance of confidentiality to exercise of Lobbying Commissioner's duties, functions also reflected in *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 16.2(1) — Quite different from ongoing statutory requirement for confidentiality in Act, *Federal Court Rules*, rr. 317, 318 requiring “tribunal” (such as Lobbying Commissioner) to produce CTR containing all “relevant” materials before Lobbying Commissioner when Commissioner making her decision — Rules 317, 318 embodying principle that judicial review premised on review of record before tribunal— However, rule 317(1) uses word “relevant” which triggers obligation to produce CTR in rule 318 — In preparing CTR in response to request under rule 317, no requirement to produce all material, only all material relevant to application that is in possession of tribunal — Statutory exemption in *Lobbying Act*, s. 10.4(6)(a) permitting Lobbying Commissioner to disclose information “establishing the grounds for any findings or conclusions contained in a report under section 10.5.” — Without such exemption, Lobbying Commissioner could not in her report set out grounds for her findings, conclusions — Therefore, exemption intended to allow Lobbying Commissioner to set out grounds for her findings, conclusions in her report to Parliament — Without doing so, any such report could be less than useful — Purpose of allowing present judicial review to proceed being to look at questions arising out of Lobbying Commissioner's observations in relation to rules 6 (Conflict of Interest), 9 (Political Activities) of Code of Conduct — Other rules raised by applicant (rules 7, 8) should not be added to judicial review in absence of being first determined by Lobbying Commissioner — Therefore, issues for this judicial review are findings of no real or apparent conflict of interest under rule 6 of Code, issue of who is, who is not “staff of Minister” under



**PRACTICE**—Continued

rule 9 — Such questions determinants in each of Lobbying Commissioner’s Reports to Parliament — Despite applicant’s claim to wider ranging judicial review, present judicial review should not become public inquiry or Royal Commission — Alternative relief Order, extension of time granted.

DEMOCRACY WATCH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-915-20; T-916-20, 2021 FC 1417, Brown J., reasons for order dated December 14, 2021, 22 pp.)

## JUDGMENTS AND ORDERS

*Default Judgment*

Motion brought by defendants R E Stats Inc., operating as ReDatum, Gabriel Stefanescu (defendants) to set aside order granting plaintiff *ex parte* motion for, *inter alia*, default judgment against defendants — No position taken or provided by defendant Kenneth Decena — Defendants also seeking: order extending deadline for service, filing of defendants’ statement of defence or any motion by defendants respecting statement of claim (e.g., to strike and/or for particulars) to thirty days from date on which Court issuing order setting aside default judgment; awarding defendants their costs of present motion on full indemnity basis; such further, other relief Court may deem just — Plaintiff largest real estate board in Canada, whose members are comprised of more than 56,000 licensed real estate brokers, salespersons — Is not-for-profit entity, incorporated under laws of Ontario, operated as trade association — Plaintiff developing, operating TRREB MLS® System (System) — Corporate defendant, R E Stats Inc., operating as ReDatum; company based in Toronto, Ontario, providing services to parties in real estate industry — Operates through on-line portal — System alleged to be copyrightable work owned by plaintiff — Plaintiff registered its copyright interest with respect to its System for each successive year since 2015 — In *Toronto Real Estate Board v. Commissioner of Competition*, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563, Federal Court of Appeal considering whether claim of copyright existed in System database — Case was in context of appeal from two Competition Tribunal decisions — Federal Court of Appeal concluded that originality threshold not established therein — In current action, plaintiff sought interlocutory injunction as against defendants, which Federal Court dismissed (*Toronto Regional Real Estate Board v. RE Stats Inc. (Redatum)*, 2021 FC 30) — Plaintiff sought to restrain defendants from certain activities, allegedly infringing plaintiff’s copyright interests — Court considered defendants’ reliance on *TREB v. Commissioner of Competition* but nonetheless found that threshold for satisfying first element of interlocutory injunction test (existence of serious issue to be tried) met — However, irreparable harm not established, injunction application dismissed — Court later issued notice of status review to parties since no statement of claim, statement of defence or motion for default judgment filed within time limit — In response, plaintiff proceeded with *ex parte* motion for default judgment — Plaintiff not notifying defendants, Court not sending correspondence to defendants as result of defendants being in default — Counsel for defendants emailed plaintiff’s counsel requesting update following issuance of notice of status review but plaintiff’s counsel not responding to email — Plaintiff then brought *ex parte* motion for default judgment which motion granted (*Toronto Regional Real Estate Board v. R E Stats Inc. (Redatum)*, 2021 FC 735) — Default Judgment granted permanent injunction restraining defendants from (a) copying or otherwise infringing copyright in the System, (b) circumventing TPMs protecting System; (c) having any involvement in providing access to System or assisting in collection, display, distribution of any information from System — Default judgment also awarded damages of \$50,000 against R E Stats, ordered defendants to disclose all methods, means used to access or obtain content from System; to destroy or deliver all System content in their control — Defendants filing present notice of motion soon after receiving copy of default judgment — Contacting counsel for plaintiff requesting relevant documents but not receiving response — Sole issue whether default judgment should be set aside — Pursuant to *Federal Court Rules*, SOR/98-106, r. 399(1), on motion, Court may set aside or vary order that was made *ex parte* if party against whom order made discloses *prima facie* case for why order should not have been made — Test for setting aside default judgment obtained *ex parte* well established: moving party must satisfy Court that it has: (1) reasonable explanation for failing to file statement of defence; (2) *prima facie* defence on merits to plaintiff’s claim; (3) moved promptly to set aside default judgment — Three elements of test conjunctive – defendants having to be successful on all three parts of test — Regarding first part of test, clear defendants not filing defence, not moving for extension to file defence, not providing evidence that they intended to do so — Nevertheless, failed injunction application, findings of both Federal Court of Appeal, Federal Court that System not having valid copyright protection, lack of any reply by plaintiff to defendants’ email, provided reasonable basis for defendants to have assumed plaintiff not actively pursuing present action, provided some basis for delay in not filing statement of defence — Defendants thus satisfied first part of test for setting aside order for default judgment — As to second part of test, though plaintiff’s motion for interlocutory injunction not successful, Court nonetheless finding there was serious issue to be tried — Plaintiff *prima facie*, established subsistence of copyright in System, ownership of that copyright as stated in default judgment — However, findings of Federal Court of Appeal, Federal Court finding copyright not subsisting in

**PRACTICE—Concluded**

TREB System then raising serious concern about merits of plaintiff's claim in action — Thus, defendants raising *prima facie* defence; satisfying second part of test — Since defendants acted expediently in bringing present motion, third part of test not at issue in present matter — Respecting plaintiff's duty of full, frank disclosure, in making motion *ex parte*, plaintiff accepted duty of full, frank disclosure required to mitigate risk of injustice inherent in matter where judge may grant order having heard from only one party — Defendants claiming that plaintiff failed in their duty, in particular, by not disclosing notice of status review or status of their written submissions in response to notice of status review, in their motion materials for default judgment — While plaintiff entitled to bring motion for default judgment *ex parte*, Order, reasons for default judgment stating that it would have been more prudent to provide notice to defendants — Was even more true when further evidence of email from defendants' counsel provided — Moreover, under r. 382(1), if notice of status review issued in respect of action, plaintiff, within 15 days of date of notice of status review, must serve, file representations stating reasons why proceeding should not be dismissed for delay — Plaintiff not serving such representations; not answering email from defendants requesting their intentions in regards to notice of status review — While default judgment to be set aside, decision in no way condoning or accepting defendants' failure to file defence in timely manner pursuant to Rules — Motion granted.

TORONTO REGIONAL REAL ESTATE BOARD v. R E STATS INC. (RE DATUM) (T-898-20, 2021 FC 1193, Manson J., reasons for judgment dated November 8, 2021, 17 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.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Requête en appel présentée en vertu de la règle 51 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), à l'encontre de la décision (2021 CF 536) par laquelle la protonotaire a ordonné aux ministres demandeurs de divulguer certains documents à l'égard desquels un privilège a été revendiqué — La protonotaire a affirmé que la nature de l'instance exigeait des ministres qu'ils se conforment aux exigences de divulgation énoncées dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 — Dans l'action sous-jacente, les ministres ont sollicité des déclarations conformément à la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, portant que l'acquisition de la citoyenneté canadienne du défendeur est intervenue par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels (art. 10.1(1) de la Loi); et que le défendeur est interdit de territoire au Canada pour avoir porté atteinte aux droits humains ou internationaux (art. 10.5(1) de la Loi) — Au cours du litige, les ministres ont produit un affidavit de documents dans lequel figuraient plusieurs documents qui, selon eux, ne pouvaient être produits en raison d'un privilège relatif au litige — La protonotaire a statué que bon nombre de ces documents pouvaient être produits, même s'ils étaient visés par un privilège, puisque les principes de l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquaient au litige — Il s'agissait de savoir si la Cour avait compétence pour entendre cet appel en vertu de l'art. 10.6 de la Loi — Les ministres ont fait valoir que l'art. 10.6 n'interdit pas d'interjeter appel d'une décision interlocutoire prononcée par un protonotaire, qui est susceptible d'appel en vertu du paragraphe 51(1) — Ils ont fait valoir qu'il n'interdit que les appels à l'encontre de décisions de la Cour fédérale devant la Cour d'appel fédérale — Il s'agissait de savoir si l'appel en l'espèce était interdit en vertu de l'art. 10.6 — La Cour n'était pas compétente pour instruire l'appel en l'instance — Le sens grammatical et ordinaire des mots de l'art. 10.6 est qu'aucun appel ne peut être interjeté à l'encontre d'un jugement interlocutoire dans une action en déclaration fondée sur les art. 10.1(1) ou 10.5(1) — L'interprétation des ministres donne un résultat surprenant et inusité : si la requête en production est instruite par un protonotaire, elle peut faire l'objet d'un appel devant un juge; cependant, si la même requête est entendue par un juge, il n'y a pas d'appel possible — Une disposition législative qui interdit d'interjeter appel à l'encontre d'une ordonnance prononcée par un protonotaire en vertu du paragraphe 51(1) n'exige pas que la disposition législative fasse expressément référence au paragraphe 51(1) — Le paragraphe 1.1(2) prévoit qu'une disposition législative qui est incompatible avec les Règles prévaut — La relation entre une disposition législative qui interdit d'interjeter appel et le paragraphe 1.1(2) a été examinée dans la décision *Yogalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 540, [2003] 4 C.F. F-134 — Il n'existe aucun principe établi permettant d'interpréter l'art. 10.6 comme s'appliquant uniquement aux décisions prises par les juges de la Cour fédérale — L'art. 10.6 enlève à la Cour la compétence d'instruire l'appel à l'encontre de la décision de la protonotaire en l'espèce — Requête rejetée.

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. JOZEPOVIĆ (T-1862-17, 2021 CF 923, juge Zinn, motifs de l'ordonnance en date du 7 septembre 2021, 7 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF**

*Voir aussi : Peuples autochtones*

Contrôle judiciaire d'une résolution qu'a adoptée le conseil de la défenderesse pour empêcher la demanderesse d'obtenir des contrats de celle-ci ou de ses affiliés — La défenderesse est une Première Nation régie par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et la *Loi sur la gestion financière des premières nations*, L.C. 2005, ch. 9 — Au fil des ans, directement ou par l'intermédiaire de ses filiales, elle a retenu les services de la demanderesse, une entreprise spécialisée dans les réseaux d'aqueduc et d'égout qui offre divers autres services, pour exécuter des travaux dans la communauté — Un litige contractuel est survenu entre la demanderesse et une filiale en propriété exclusive de la défenderesse, mais l'affaire s'est réglée au moyen d'une entente confidentielle — Plus tard, la défenderesse a adopté la résolution en litige; la demanderesse n'a jamais été avisée du fait que la question serait examinée — La demanderesse a affirmé notamment que le processus menant à l'adoption de la résolution n'a pas respecté les exigences en matière d'équité procédurale; que la décision était déraisonnable, car elle était fondée sur des considérations non pertinentes ou étrangères — Il s'agissait en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire de ce qui était une décision de nature privée, même si elle a été prise par un organisme public — Si la demanderesse avait un quelconque recours à l'égard de la résolution, il s'agissait d'une action en responsabilité contractuelle ou en responsabilité civile délictuelle, et non d'une demande de contrôle judiciaire — La résolution n'était pas un règlement administratif pris en vertu de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens* — Elle était un acte d'un organisme gouvernemental créant des règles contraignantes pour toutes les personnes ou une catégorie de personnes relevant de sa compétence — Parce qu'elle ne constituait pas un règlement administratif, la résolution contestée ne pouvait lier les tiers — Elle ne liait pas les membres de la défenderesse, qui restaient libres de conclure un contrat avec la demanderesse s'ils le souhaitaient — La résolution correspondait à ce que l'on appelle une résolution du conseil de bande (RCB), à savoir, un texte qui exprime la volonté du conseil d'une Première Nation — Une RCB ne peut généralement pas créer de droits ni d'obligations pour les membres de la Première Nation ou les tiers — En adoptant une RCB, un conseil peut exercer les pouvoirs qui lui sont expressément conférés — La résolution contestée était une décision de la défenderesse de ne pas passer de contrat avec la demanderesse; il pouvait également s'agir d'une instruction à ses filiales en propriété exclusive de s'abstenir de le faire — La décision était réversible — La demanderesse a soutenu que la décision contestée ne devrait pas être caractérisée en fonction de ce qu'elle est, mais plutôt en fonction de la façon dont le conseil aurait dû agir pour mettre en œuvre correctement son désir de lui interdire de faire des travaux dans la communauté; pour ce faire, le conseil aurait dû adopter un règlement — La résolution contestée ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire que si elle était de nature publique — Il est très difficile de tracer une ligne nette entre les décisions privées et publiques, mais la caractérisation de certains types de décisions est bien établie — Ainsi, conclure des contrats est un pouvoir de nature essentiellement privé — La résolution contestée portait sur l'exercice du pouvoir contractuel de la Première Nation — Elle était de nature privée et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire — La Cour a déjà conclu que les décisions de nature purement contractuelle des conseils des Premières Nations ne peuvent faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire, mais il y a eu une exception à ce principe lorsque l'affaire concernait l'exercice de pouvoirs attribués par la *Loi sur les Indiens* ou une loi similaire — En l'espèce, les contrats conclus entre la demanderesse et la défenderesse portaient sur des travaux de construction, et non sur la possession de terres de réserve ni sur un pouvoir exercé en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou d'une autre loi fédérale — Faire valoir que la résolution contestée ne porte pas sur un contrat en particulier n'avancait pas la cause de la demanderesse — La décision de ne pas conclure un contrat est tout autant privée que la décision inverse — En l'absence de restrictions légales, le choix d'un cocontractant relève de la discrétion accordée aux personnes physiques et morales au titre du droit privé — Bien que les travaux exécutés pour la défenderesse ou ses affiliés dans la présente affaire concernent principalement des infrastructures publiques, ce qui est pertinent, c'est la nature de la relation entre l'organisme public et l'entrepreneur ou l'employé, et non la nature des services que l'organisme public fournit à la population — Le fait que l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens* habilite les conseils des Premières Nations à prendre des règlements administratifs concernant divers types d'infrastructures publiques n'avait aucune incidence sur la question — Enfin, il n'était pas certain que l'annulation de la résolution apporterait un avantage tangible à la demanderesse — Les recours de droit public ne seraient pas adéquats — Par conséquent, accueillir la présente demande de contrôle judiciaire ne supprimerait pas la liberté contractuelle de la défenderesse, dont fait partie intégrante la liberté de choisir ses cocontractants — En conclusion, la résolution contestée était issue de l'exercice d'un pouvoir de nature privée et elle n'était donc pas susceptible de contrôle judiciaire — Compte tenu de la présente conclusion, il n'était pas nécessaire d'établir si la défenderesse a agi en tant qu'office fédéral au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 — La Cour n'avait pas compétence pour examiner la résolution contestée — Demande rejetée.

KNIBB DEVELOPMENTS LTD. C. PREMIÈRE NATION DES SIKSIKA (T-34-21, 2021 CF 1214, juge Grammond, motifs du jugement en date du 9 novembre 2021, 10 p.)

## DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a rejeté la plainte du demandeur pour atteinte aux droits de la personne au titre de l'art. 41(1)d) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP) — Le demandeur, un citoyen canadien d'origine libanaise, est monté à bord d'un avion à l'aéroport international d'Halifax — À bord de l'avion, il a été invité par une agente de bord à retirer son veston d'un siège inoccupé — Le demandeur a exprimé son mécontentement à l'égard de l'agente de bord — Il est sorti de l'avion avec un agent d'Air Canada — Ce dernier l'a informé qu'il ne serait pas autorisé à prendre le vol en raison de son inconduite — Il a noté dans son dossier passager qu'il avait fait [TRADUCTION] « usage de violence verbale envers une agente de bord et le personnel d'embarquement », et il a alerté les responsables de la sécurité chez Air Canada — Air Canada a par la suite imposé une interdiction de voyager au demandeur jusqu'à ce qu'il ne pose plus un risque — Le demandeur a déposé auprès de la Commission une plainte selon laquelle Air Canada avait fait preuve de discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur ou la religion — La Commission a préparé un rapport d'examen préalable fondé sur les art. 40 et 41 de la LCDP (le rapport fondé sur les art. 40 et 41) en raison de l'application possible de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*<sup>1</sup>, (la Convention de Montréal) — Le rapport a recommandé que la Commission ne statue pas sur la plainte au motif que celle-ci pourrait avantageusement être instruite selon des procédures prévues par une autre loi fédérale ou qu'elle était frivole ou vexatoire — La Commission a rejeté la plainte en se fondant uniquement sur l'application de la Convention de Montréal — Elle a conclu que, même si la plainte du demandeur était fondée, la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), ch. C-26 (la LTA), empêcherait toute réparation utile — Elle a conclu que l'interdiction de voyager émise contre le demandeur avait été retirée et n'était plus en litige — Elle a également conclu que le demandeur avait été dédommagé du refus d'Air Canada de le transporter — La Commission avait-elle le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la loi au-delà de sa loi habilitante? La Commission a raisonnablement conclu que la question de savoir si la LTA et la Convention de Montréal empêchaient certaines réparations relevait des attributions qui lui étaient conférées par les art. 41(1)c) et d) de la LCDP — Il n'a pas été contesté que la Commission a le pouvoir de trancher des questions juridiques relatives aux limites de sa propre compétence — L'art. 41 confère à la Commission le mandat de statuer sur toute plainte à moins qu'elle estime que celle-ci n'est pas de sa compétence — La Commission dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire et jouit d'une latitude remarquable dans l'exercice de sa fonction d'examen préalable — La décision de la Commission de rejeter la plainte était-elle raisonnable? — La décision de rejeter la plainte du demandeur comme étant frivole était déraisonnable — Bien qu'elle ait adopté les conclusions, l'analyse et la conclusion exposée dans le rapport fondé sur les art. 40 et 41, la Commission n'a pas examiné si des réparations autres qu'une indemnisation financière pourraient être appropriées dans l'éventualité où la plainte du demandeur était accueillie — C'était peut-être parce que le rapport a conclu qu'il n'y avait pas de mesure de réparation pratique que le Tribunal canadien des droits de la personne pourrait ordonner à l'intention du plaignant — Toutefois, la conclusion du rapport reposait sur le fait que la plainte du demandeur avait été entièrement et définitivement réglée — Le demandeur n'a pas eu la possibilité de répondre à deux questions résolues sur le fondement des observations *ex parte* d'Air Canada — Il était déraisonnable pour la Commission d'adopter la conclusion du rapport fondé sur les art. 40 et 41 selon laquelle des mesures correctives autres qu'une indemnisation financière ne seraient pas utiles, pour la simple raison que le demandeur n'avait pas cherché à les faire inclure dans un règlement — Les préférences d'un plaignant quant aux réparations et aux mesures correctives ne lient pas la Commission ou le Tribunal — Ces deux organismes administratifs ont le pouvoir et le devoir indépendants de déterminer les réparations qui sont appropriées dans les circonstances — La Commission a tenu pour acquis que l'éventuelle absence d'indemnisation financière des atteintes aux droits de la personne dans le contexte du transport aérien international faisait obstacle à toutes les réparations utiles — Elle n'a pas examiné l'opportunité d'autres réparations — L'affaire a été renvoyée à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision — Demande accueillie.

ZOGHBI C. AIR CANADA (T-951-20, 2021 CF 1154, juge Fothergill, motifs du jugement en date du 28 octobre 2021, 25 p.)

## JUGES ET TRIBUNAUX

*Voir aussi : Aliments et Drogues*

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 904) confirmant le refus du ministre de la Santé d'accorder la protection des données au médicament SPRAVATO de l'appelante au motif qu'il ne s'agissait pas d'une « drogue innovante » admissible à une telle protection — Le ministre a conclu que l'ingrédient médicamenteux de SPRAVATO était une variante d'un ingrédient médicamenteux qui se trouvait dans un médicament qui avait déjà été approuvé — Il a fondé sa décision, en partie, sur l'interprétation

<sup>1</sup> Signée à Montréal, le 28 mai 1999, soit l'annexe VI de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), c. C-26.



**JUGES ET TRIBUNAUX—Fin**

par la Cour d'appel fédérale du règlement pertinent dans l'arrêt *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70 — L'appelante a demandé à la Cour en l'espèce de réexaminer l'arrêt *Takeda* et de parvenir à une conclusion différente relativement à l'interprétation correcte du règlement en litige — Le régime de protection des données du Canada figure dans le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, dans sa version modifiée par le *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241 (le *Règlement sur la protection des données*) — Le *Règlement sur la protection des données* dispose que la protection des données sera accordée aux « drogues innovantes » — L'expression « drogue innovante » est définie à l'art. C.08.004.1(1) comme étant « toute drogue qui contient un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par le ministre et qui ne constitue pas une variante d'un ingrédient médicinal déjà approuvé tel un changement de sel, d'ester, d'énantiomère, de solvate ou de polymorphe » — Dans l'arrêt *Takeda*, la Cour à la majorité a déterminé, entre autres choses, qu'il était loisible au gouverneur en conseil de décider, par principe, que les sels, les esters, les énantiomères, les solvates et les polymorphes n'étaient pas suffisamment différents pour être considérés comme des « éléments chimiques nouveaux » — Le juge dissident dans l'arrêt *Takeda* a conclu que l'interprétation de l'art. C.08.004.1(1) par le ministre était trop littérale et qu'elle allait à l'encontre du contexte et de l'objet du *Règlement sur la protection des données* — Le SPRAVATO est un traitement du trouble dépressif majeur — Son ingrédient médicinal est le chlorhydrate d'eskéタミン, qui est un énantiomère du chlorhydrate de kétamine — L'argument principal de l'appelante dans la présente affaire était que la décision prononcée à la majorité dans l'arrêt *Takeda* était erronée et que la Cour devrait réinterpréter l'art. C.08.004.1(1) de la manière préconisée dans l'opinion minoritaire — Il s'agissait principalement de savoir s'il fallait suivre l'arrêt *Takeda* — Selon le principe du *stare decisis*, les décisions du même niveau de juridiction doivent être suivies à moins qu'il n'y ait une raison impérieuse de ne pas le faire — L'appelante n'a pas démontré de « circonstances exceptionnelles » en l'espèce qui justifieraient de s'écarter de la décision rendue par la majorité dans l'arrêt *Takeda* — Il n'y avait aucun élément de preuve admissible en l'espèce selon lequel les circonstances économiques, sociales ou politiques qui sont sous-jacentes dans l'arrêt *Takeda* ont évolué depuis que cette affaire a été jugée — Le fait que le juge dissident dans l'arrêt *Takeda* était membre de la formation dans la présente affaire ne changeait rien — Aucune formation de la Cour ne siège en appel d'autres formations — Le principe du *stare decisis* prévoit que les juges doivent suivre les décisions antérieures, même s'ils s'y opposent — Appel rejeté.

JANSSEN INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-252-20, 2021 CAF 137, juge Mactavish, J.C.A., version publique des motifs du jugement en date du 12 juillet 2021, 24 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Obligation de consulter — Contrôle judiciaire du décret numéro C.P. 2019-0784 (le décret) publié par le gouverneur en conseil (le GEC), ordonnant à l'Office national de l'énergie (l'ONE) de délivrer un certificat d'utilité publique (le certificat) pour le projet de ligne de transmission Manitoba-Minnesota (le projet), qui est maintenant construit et en exploitation depuis juillet 2020 — Les demanderesse ont chacune contesté le caractère adéquat des consultations du Canada pour le projet et le caractère raisonnable de la décision du GEC — Le projet était une ligne de transport internationale exploitée par Manitoba Hydro s'étendant de Winnipeg à la frontière entre le Manitoba et le Minnesota et traversant le territoire visé par le Traité n° 1 — Il devait être approuvé par le Manitoba et le Canada — Les consultations se sont déroulées en trois étapes : le processus d'approbation par le Manitoba, l'audience de l'ONE et les consultations supplémentaires — Celles-ci avaient pour but de cerner les préoccupations en suspens qui n'avaient pas été communiquées à l'ONE ou qui n'avaient pas été traitées par celui-ci, concernant les répercussions du projet sur les droits ancestraux ou issus de traités, et de discuter de mesures d'accommodement additionnelles, le cas échéant — Des documents ont été envoyés aux Premières Nations, notamment le document intitulé « *Summary of Information Available and Preliminary Depth of Consultation Assessment* » (Sommaire de l'information disponible et évaluation préliminaire de l'ampleur des consultations) (EAC), résumant les droits ancestraux ou issus de traités, les répercussions potentielles du projet sur ces droits ainsi que l'évaluation préliminaire par le Canada de l'ampleur des consultations à effectuer avec chaque Première Nation — Le Canada a envoyé une ébauche d'annexe du Rapport sur les consultations et les accommodements de la Couronne (le RCAC) propre à chaque Première Nation pour examen et commentaires — Des consultations ont eu lieu avec la Première Nation de Peguis, Animakee Wa Zhing (AWZ), la Première Nation de Roseau River et la Première Nation de Long Plain — Première question en litige : Il s'agissait de savoir si le Canada a bien apprécié l'étendue de son obligation de consulter et d'accommoder les Premières Nations — Selon la position d'AWZ, le Canada a déterminé à tort que les répercussions du projet sur AWZ étaient faibles et que, par conséquent, AWZ devait bénéficier d'un degré modéré de consultation — Parce qu'il y avait des répercussions sur son droit de chasser l'orignal et sur son droit de jouir de ses terres de réserve, elle devait bénéficier d'un haut degré de consultation — Les Premières Nations de Roseau River et de Long Plain ont soutenu que le Canada avait déterminé à l'avance l'étendue de son obligation de consulter sans mener de consultations avec Roseau River ou

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

Long Plain — En outre, elles ont soutenu que le Canada avait commis une erreur lorsqu'il avait déterminé à tort que Roseau River devait bénéficier d'un degré « moyen » de consultation et que Long Plain devait bénéficier d'un « faible » degré de consultation — La substance de la consultation est plus importante que sa forme — Le Canada devait à AWZ un degré de consultation modéré à élevé — Le fait que l'évaluation préliminaire de l'ampleur des consultations a changé au fur et à mesure que l'affaire progressait a démontré une volonté d'écouter et d'être souple — Peu importe le fait que les évaluations variaient entre les trois Premières Nations, les trois Premières Nations ont été consultées de façon approfondie — Deuxième question en litige : Il s'agissait de savoir si, en droit constitutionnel, il était raisonnable pour le GEC de conclure que les consultations du Canada avec Peguis, AWZ, Roseau River et Long Plain étaient adéquates — Le Canada n'a pas satisfait aux exigences de fond de l'obligation de consulter Peguis — Le processus des consultations supplémentaires devait répondre aux exigences d'une consultation adéquate — Rien dans le dossier n'indiquait que le Canada et Peguis se sont engagés dans des consultations de fond au moyen d'une conversation — Le cadre de consultation pouvait satisfaire aux exigences de l'obligation de consulter, mais, en substance, l'obligation n'a pas été respectée — Peguis n'a pas eu l'occasion d'exprimer ses préoccupations en suspens, par correspondance, téléconférence, rencontre communautaire, réunion avec les dirigeants ou autrement — Peguis n'a pas eu l'occasion de rencontrer le Canada soit avant l'ébauche du RCAC, soit avant de mettre la dernière main à celui-ci pour exprimer ses préoccupations — Au cours des consultations supplémentaires, AWZ a soulevé la question de l'incidence du projet sur les originaux — Dans le RCAC, la Couronne a conclu que les répercussions possibles du projet sur la capacité des membres d'AWZ à exercer leurs droits ancestraux ou issus de traités relatifs aux originaux n'étaient pas significatives — En l'espèce, le Canada a satisfait aux exigences de la consultation approfondie décrites dans la jurisprudence — Les consultations supplémentaires ont permis à AWZ de soulever ces questions — Il n'est pas du ressort de la Cour de soupeser la preuve scientifique ou de préférer l'une des observations des Premières Nations ou d'Hydro; c'est le rôle de l'ONE et de la Couronne — Ni l'arrêt *Nation crie Bigstone c. Nova Gas Transmission Ltd*, 2018 CAF 89 (*Bigstone*) ni la décision *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2010 BCSC 359, n'appuyaient la proposition selon laquelle l'obligation de consulter exige une étude particulière à une espèce ou un plan d'atténuation — Le fait que les points de vue du Canada et d'AWZ divergeaient ne signifie pas que celui d'AWZ doit être privilégié ou que le Canada ne l'a pas réellement pris en considération — Les consultations avec AWZ sur la question des niveaux d'eau ont été adéquates — L'obligation de consulter n'oblige pas la Couronne à veiller à ce que les Premières Nations touchées bénéficient de l'activité envisagée — Le fait qu'AWZ ne bénéficie pas du projet ne constitue pas une atteinte à ses droits ancestraux ou issus de traités — Le GEC a raisonnablement conclu que le Canada s'était acquitté de son obligation de consulter et d'accommoder AWZ — En ce qui concerne les Premières Nations de Long Plain et de Roseau River, les consultations n'ont pas trop tardé, et tout retard dans la tenue de consultations véritables était attribuable à parts égales aux deux parties — Le Canada n'a pas écarté ou rejeté les préoccupations de Long Plain et de Roseau River relatives à leurs droits fonciers issus de traités — Bien que l'obligation de consulter exige que la Couronne envisage sérieusement un accommodement, il n'y a aucune garantie qu'il y en aura un — Il était possible pour l'ONE et le GEC d'adopter une mesure d'accommodement prospective — Il n'y avait aucune obligation de s'entendre sur des mesures d'accommodement — Troisième question en litige : Il s'agissait de savoir si, en droit administratif, la décision du GEC était raisonnable — La disposition pertinente de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, et les affaires *Bigstone* et *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F.3, énoncent que le GEC doit donner les motifs de sa décision de délivrer ou non un certificat pour un pipeline — Il n'y a pas d'exigence légale correspondante lors de l'examen d'une ligne internationale de transport d'électricité — Le GEC peut s'appuyer sur le raisonnement du rapport de l'ONE et du RCAC — Dans le cadre de l'obligation de consulter, une consultation approfondie exige la présentation de motifs expliquant comment les préoccupations des Premières Nations ont été prises en considération et ont eu une incidence sur les résultats — En l'espèce, le rapport de l'ONE et le RCAC ont satisfait à cette exigence dans le présent contexte — Le GEC a correctement pris en compte les intérêts des Autochtones, les consultations et les mesures d'accommodement — Toutefois, le RCAC ne montrait pas comment les préoccupations exprimées par Peguis ont été prises en considération et ont eu une incidence sur le résultat des consultations supplémentaires, car ce processus n'a pas eu lieu — Par conséquent, la conclusion tirée par le GEC, selon laquelle la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter, ne pouvait être fondée sur les faits sous-jacents concernant Peguis — Le GEC a été raisonnable relativement aux autres demanderessees — Les motifs et le dossier étaient transparents, intelligibles et raisonnables à l'égard d'AWZ et des Premières Nations de Long Plain et de Roseau River — En ce qui concerne la réparation, il a été déclaré qu'en omettant de collaborer substantiellement avec Peguis durant les consultations supplémentaires, le Canada n'a pas rempli adéquatement son obligation de consulter — Demande dans le dossier T-1147-19 accueillie; demandes dans les dossiers T-1141-19, T-1150-19, T-1442-19 rejetées.

PREMIÈRE NATION DE PEGUIS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1147-19, T-1141-19, T-1150-19, T-1442-19, 2021 CF 990, juge McVeigh, motifs du jugement en date du 24 septembre 2021, 94 p.)

## PRATIQUE

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Jugement par défaut*

Requête déposée par les défendeurs, R E Stats Inc., faisant affaire sous le nom de ReDatum, et Gabriel Stefanescu (les défendeurs), en vue de faire annuler l'ordonnance faisant droit à la requête *ex parte* de la demanderesse, par laquelle celle-ci a obtenu, entre autres choses, un jugement par défaut contre les défendeurs — Le défendeur Kenneth Decena n'a pas déposé ni formulé de thèse — Les défendeurs ont sollicité également : une ordonnance visant la prorogation de l'échéance pour signifier et déposer leur défense ou toute requête de leur part liée à leur déclaration (p. ex., une requête en radiation ou pour précisions) au trentième jour suivant la date à laquelle la Cour rend une ordonnance annulant le jugement par défaut; une ordonnance visant l'octroi en leur faveur des dépens afférents à la présente requête, sur la base d'une indemnité complète; et toute autre réparation que la Cour pourrait estimer juste — La demanderesse est la plus importante chambre immobilière au Canada, comptant plus de 56 000 membres qui sont vendeurs ou courtiers immobiliers autorisés — Elle est une entité sans but lucratif, constituée sous le régime des lois de l'Ontario et exploitée à titre d'association commerciale — La demanderesse a conçu et exploite le système MLS® de la TRREB (le système) — La société défenderesse, R E Stats Inc., qui fait affaire sous le nom de ReDatum, est située à Toronto, en Ontario, et fournit des services à des parties dans le secteur immobilier — Elle exerce ses activités au moyen d'un portail en ligne — Le système serait une œuvre susceptible d'être protégée par un droit d'auteur appartenant à la demanderesse — Cette dernière a enregistré son droit d'auteur relatif à son système pour chaque année depuis 2015 — Dans l'arrêt *Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence*, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563 la Cour d'appel fédérale a analysé la question de savoir s'il existait un droit d'auteur relatif à la base de données du système — Cette analyse a été effectuée dans le contexte d'un appel interjeté à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence — La Cour d'appel fédérale a conclu que le critère de l'originalité n'avait pas été rempli dans le contexte de cette instance — Dans la présente action, la demanderesse a déposé une requête en injonction interlocutoire à l'encontre des défendeurs, laquelle a été rejetée par la Cour fédérale (*Toronto Regional Real Estate Board c. RE Stats Inc. (Redatum)*, 2021 CF 30) — La demanderesse cherchait à empêcher les défendeurs d'exercer certaines activités qui, prétendait-elle, violaient son droit d'auteur — La Cour a tenu compte du fait que les défendeurs se fondaient sur l'arrêt *TREB c. Commissaire de la concurrence*, mais elle a néanmoins conclu que le premier volet du critère applicable à la délivrance d'une injonction interlocutoire – l'existence d'une question sérieuse à juger – était satisfait — Cependant, l'existence d'un préjudice irréparable n'a pas été établie, et la demande d'injonction a été rejetée — La Cour a subséquemment délivré aux parties un avis d'examen de l'état de l'instance, puisqu'aucune déclaration, défense ou requête en jugement par défaut n'avait été déposée dans le délai prescrit — En réponse, la demanderesse a déposé une requête *ex parte* en jugement par défaut — La demanderesse n'en a pas avisé les défendeurs, et la Cour, parce qu'ils étaient en défaut, les a exclus de sa correspondance — Après que l'avis d'examen de l'état de l'instance eut été délivré, les avocats des défendeurs ont envoyé un courriel aux avocats de la demanderesse pour leur demander ce qui se passait, mais les avocats de la demanderesse n'ont pas répondu à ce courriel — La demanderesse a ensuite déposé une requête *ex parte* en jugement par défaut, laquelle requête a été accueillie (*Toronto Regional Real Estate Board c. R E Stats Inc. (Redatum)*, 2021 CF 735 — Ce jugement par défaut a accordé une injonction permanente interdisant aux défendeurs a) de copier le système ou de violer autrement le droit d'auteur relatif à celui-ci, b) de contourner les mesures techniques de protection du système, et c) de contribuer de quelque manière que ce soit à fournir un accès au système ou d'aider à recueillir, à afficher ou à diffuser tout renseignement provenant du système — Le jugement par défaut a aussi condamné R E Stats à payer des dommages-intérêts de 50 000 \$ et ordonné que les défendeurs divulguent l'ensemble des méthodes et des moyens utilisés pour accéder au système ou pour obtenir du contenu de celui-ci, et qu'ils détruisent ou rendent la totalité du contenu du système qu'ils détenaient — Les défendeurs ont déposé l'avis de la présente requête peu de temps après avoir reçu copie du jugement par défaut — Ils ont communiqué avec les avocats de la demanderesse pour leur demander des documents pertinents, mais ils n'ont pas reçu de réponse — La seule question en litige était celle de savoir si le jugement par défaut devrait être annulé — Conformément au paragraphe 399(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, la Cour peut, sur requête, annuler ou modifier toute ordonnance rendue sur requête *ex parte* si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue — Le critère à appliquer pour annuler un jugement par défaut obtenu *ex parte* est bien établi : la partie qui présente la requête doit convaincre la Cour : 1) qu'elle a une explication raisonnable justifiant son omission de déposer une défense; 2) qu'elle a une défense *prima facie* sur le fond à opposer à la demande du demandeur, et 3) qu'elle a promptement demandé l'annulation du jugement par défaut — Le critère à trois volets est conjonctif – pour que leur requête soit accueillie, les défendeurs doivent satisfaire à tous les volets du critère — En ce qui concerne le premier volet du critère, il n'a fait aucun doute que les défendeurs n'ont pas déposé de défense, qu'ils n'ont pas demandé de prorogation du délai pour déposer une défense et qu'ils n'ont pas fourni de preuve démontrant qu'ils avaient l'intention de le faire — Néanmoins, la demande d'injonction rejetée, les conclusions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour selon lesquelles le système n'est pas protégé par un droit d'auteur valide, et l'absence de réponse de la

**PRATIQUE—Suite**

demanderesse au courriel des défendeurs ont fourni à ces derniers des motifs raisonnables de supposer que la demanderesse ne donnait pas activement suite à la présente action et ont constitué une sorte d'explication au fait qu'ils avaient tardé à déposer une défense — Les défendeurs ont donc satisfait au premier volet du critère à appliquer pour annuler une ordonnance de jugement de défaut — En ce qui concerne le deuxième volet du critère, bien que la requête en injonction interlocutoire de la demanderesse ait été rejetée, la Cour a conclu qu'il y avait une question sérieuse à juger — La demanderesse a établi *prima facie* qu'il existait un droit d'auteur relatif au système et qu'elle en était la titulaire, comme il a été affirmé dans le jugement par défaut — Toutefois, compte tenu des conclusions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour, selon lesquelles il n'existe pas de droit d'auteur relatif au système de la TREB, de sérieuses questions se posaient concernant le bien-fondé de la réclamation de la demanderesse dans le cadre de la présente action — Pour cette raison, les défendeurs avaient une défense *prima facie* et ils ont satisfait au deuxième volet du critère — Puisque les défendeurs ont promptement présenté la présente requête, le troisième volet du critère n'était pas en cause en l'espèce — En ce qui concerne l'obligation de divulgation complète et franche de la demanderesse, en présentant une requête *ex parte*, cette dernière a accepté l'obligation de divulgation complète et franche requise pour atténuer le risque d'injustice inhérent à une affaire dans laquelle un juge peut rendre une ordonnance après n'avoir entendu qu'une des parties — Les défendeurs ont affirmé que la demanderesse a manqué à son obligation notamment en ne divulguant pas l'avis d'examen de l'état de l'instance, ou l'état de ses observations écrites en réponse à l'avis de révision de l'état de l'instance, dans ses documents de requête en jugement par défaut — La demanderesse avait le droit de présenter la requête *ex parte* en jugement par défaut, mais comme il a été affirmé dans l'ordonnance et les motifs du jugement par défaut, il aurait été plus prudent d'aviser les défendeurs — Compte tenu de la preuve supplémentaire que représentait le courriel envoyé par les avocats des défendeurs, cela était encore plus vrai — De plus, le paragraphe 382(1) prévoit que, si l'action fait l'objet d'un avis d'examen de l'état de l'instance, le demandeur doit signifier et déposer, dans les quinze jours de la date de l'avis d'examen de l'état de l'instance, ses prétentions énonçant les raisons pour lesquelles l'instance ne devrait pas être rejetée pour cause de retard — La demanderesse n'a pas signifié de telles prétentions et elle n'a pas répondu au courriel dans lequel les défendeurs s'informaient de ses intentions concernant l'avis d'examen de l'état de l'instance — Bien que le jugement par défaut devait être annulé, la présente décision ne signifiait nullement qu'il était admis ou accepté que les défendeurs ne déposent pas de défense en temps opportun et conformément aux Règles — Requête accueillie.

TORONTO REGIONAL REAL ESTATE BOARD C. R E STATS INC. (ReDATUM) (T-898-20, 2021 CF 1193, juge Manson, motifs du jugement en date du 8 novembre 2021, 17 p.)

**ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ**

*Voir aussi : Éthique*

Requête déposée par le Commissariat au lobbying du Canada conformément aux règles 151, 318 et 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, afin d'obtenir : 1) une ordonnance interdisant à la commissaire de verser au dossier certifié du tribunal (DCT) qu'elle est tenue de produire certains documents d'enquête confidentiels ou, subsidiairement, 2) une ordonnance de confidentialité prévoyant l'anonymisation de parties du dossier de la Cour, la création et le dépôt d'une version publique caviardée du DCT en plus d'une version confidentielle du DCT pour la Cour et pour les parties, ainsi qu'une prorogation du délai nécessaire — La commissaire au lobbying a déposé deux rapports devant le Parlement au sujet de l'enquête menée par son bureau pour déterminer si M. Benjamin Bergen et Mme Dana O'Born respectivement tous deux lobbyistes salariés employés par le Conseil canadien des innovateurs (CCI) avaient enfreint le Code de déontologie des lobbyistes — La demanderesse a déposé les demandes initiales demandant à la commissaire au lobbying d'enquêter et de trancher la question de savoir si les actes posés par M. Bergen et Mme O'Born contrevenaient aux règles 6, 7, 8 ou 9 du Code — La commissaire au lobbying a mené son évaluation aux termes des règles 6 et 9 du Code — Les rapports ont conclu que ni M. Bergen ni Mme O'Born ont enfreint le Code — M. Bergen a été précédemment bénévole lors de la campagne d'élection partielle de l'honorable Chrystia Freeland en 2013 et a travaillé comme codirecteur de campagne en vue de sa réélection en 2015 — La commissaire au lobbying a mené une enquête qui visait à déterminer si M. Bergen a enfreint la règle 6 ou la règle 9 (activités politiques) du Code en faisant du lobbying auprès de l'honorable Chrystia Freeland ou auprès de son cabinet ministériel après avoir entrepris des activités politiques au nom de Mme Freeland — L'enquête n'a révélé aucune preuve de lobbying auprès de Mme Freeland, mais elle a conclu qu'alors que cette dernière était ministre du Commerce international, M. Bergen a participé à une rencontre avec l'honorable David Lametti (alors secrétaire parlementaire de la ministre du Commerce international), et avec un membre du personnel du bureau de la circonscription de M. Lametti — Conformément à la règle 9 du Code, la commissaire au lobbying a conclu qu'en sa qualité de secrétaire parlementaire, M. Lametti n'était pas un membre du « personnel » du cabinet de Mme Freeland aux fins de la règle 9 — La commissaire au lobbying a également estimé qu'il n'y avait aucune raison de conclure que M. Bergen avait

**PRATIQUE—Fin**

placé Mme Freeland dans une situation de conflit d'intérêts réel ou apparent en contravention de la règle 6 du Code — Le rapport a tiré des conclusions similaires concernant Mme O'Born — Les requêtes antérieures de la commissaire au lobbying visant le rejet des demandes concernant M. Bergen et Mme O'Born ont été rejetées — Les deux rapports ont fait l'objet de contrôles judiciaires — L'étape suivante était le dépôt d'un DCT, mais les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur ce qui devait être versé au DCT — Par conséquent, elles ont convenu que la commissaire au lobbying demanderait une ordonnance prévoyant qu'aucun des documents non encore rendus publics ne soit versé au DCT ou, subsidiairement, que la commissaire au lobbying demanderait une ordonnance de confidentialité — L'ébauche d'ordonnance subsidiaire de la commissaire au lobbying prévoyait le dépôt d'un DCT public et d'un DCT confidentiel — Il s'agissait de savoir si l'ordonnance devait être rendue — Suivant la *Loi sur le lobbying*, L.R.C. (1985) (4e suppl.), ch. 44, le législateur a décidé que la commissaire au lobbying (agent du Parlement) doit mener ses enquêtes en secret et ne peut divulguer les renseignements dont elle prend connaissance au cours d'une enquête, sauf dans quelques situations précises — Par conséquent, le caractère confidentiel, notamment pour maintenir la confiance envers le processus d'enquête, est exigé, sauf dans les situations énoncées aux art. 10.4(6)a), b) et c) — La portée générale du caractère confidentiel exigé dans l'exercice des attributions de la commissaire au lobbying est aussi manifeste à l'art. 16.2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 — En discordance avec les exigences de confidentialité prévues par la Loi, les règles 317 et 318 des *Règles des Cours fédérales* exigent qu'un « office fédéral » (en l'occurrence la commissaire au lobbying) produise un DCT comprenant tous les documents « pertinents » en sa possession au moment de rendre sa décision — Les règles 317 et 318 expriment le principe selon lequel le contrôle judiciaire est fondé sur l'examen du dossier dont disposait le tribunal — Toutefois, l'emploi du mot « pertinent » à la règle 317(1) entraîne l'obligation de produire un DCT énoncée à la règle 318 — En ce qui a trait à la préparation d'un DCT en réponse à une demande présentée au titre de la règle 317, il est obligatoire de produire non pas tous les documents, mais tous les documents ou éléments matériels pertinents quant à la demande qui sont en la possession de l'office fédéral — L'exception législative prévue à l'art. 10.4(6)a) de la *Loi sur le lobbying* autorise la commissaire au lobbying à divulguer les renseignements qui permettent de « motiver les conclusions contenues dans son rapport » — Sans une telle exception, la commissaire au lobbying ne pourrait pas motiver les conclusions contenues dans son rapport — L'exception a donc pour objet de permettre à la commissaire au lobbying de présenter les motifs sur lesquels s'appuient les conclusions contenues dans son rapport au Parlement — Autrement, l'utilité d'un tel rapport serait discutable — L'objectif visé en autorisant la poursuite du présent contrôle judiciaire était d'examiner les questions que soulevaient les observations de la commissaire au lobbying en lien avec la règle 6 (conflit d'intérêts) et la règle 9 (activités politiques) du Code — Comme les questions relatives à d'autres règles (7 et 8) soulevées par la demanderesse n'ont pas été tranchées en premier lieu par la commissaire au lobbying, elles ne devraient pas être examinées dans le cadre du présent contrôle judiciaire — Par conséquent, le présent contrôle judiciaire soulève la question de la conclusion selon laquelle il n'y a pas eu conflit d'intérêts réel ou apparent suivant la règle 6 du Code, et la question de savoir qui fait partie et qui ne fait pas partie du « personnel » de la ministre suivant la règle 9 — Il s'agissait des questions déterminantes dans chacun des rapports au Parlement de la commissaire au lobbying — En dépit d'une demande d'élargissement de la portée du contrôle judiciaire de la part de la demanderesse, le présent contrôle judiciaire ne devrait pas devenir une enquête publique ou une commission d'enquête parlementaire — L'ordonnance de réparation subsidiaire et la prorogation du délai ont été accordées.

DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-915-20; T-916-20, 2021 CF 1417, juge Brown, motifs de l'ordonnance en date du 14 décembre 2021, 22 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<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3