

EDITOR'S NOTE

Please note that an erratum was published in [2018] Volume 1, Part 3. In *Demaria v. Canada*, [2017] 4 F.C.R. 247, under “REFERRED TO”, the citation for *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada* should read “[2015] 2 F.C.R. 170”.

The correction has been made to page 252 of the present document.

NOTE DE L'ARRÊTISTE

Veillez noter qu'un erratum a été publié dans [2018] Volume 1, fascicule 3. Dans la décision *Demaria c. Canada*, [2017] 4 R.C.F. 247, sous la rubrique « DÉCISIONS CITÉES », et au paragraphe 61, la référence pour l'arrêt *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada* qui devrait apparaître est « [2015] 2 R.C.F. 170 ».

Les corrections ont été apportées aux pages 252 et 268, respectivement, du présent document.



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2017, Vol. 4, Part 2

2017, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2017] 4 F.C.R., {²⁴⁷⁻⁴¹⁹_{D-5-D-8}

Renvoi [2017] 4 R.C.F., {²⁴⁷⁻⁴¹⁹_{F-5-F-8}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2018.

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

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

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

Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiŕte 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.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2018.

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	247–419
Digests	D-5–D-7

A.T. v. Globe24h.com (F.C.) 310

Privacy—*Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA)—Application under PIPEDA, s. 14 stemming from Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPCC) report determining that applicant’s complaints against respondents well-founded—Respondent Sebastian Radulescu republishing Canadian decisions on Romanian-based website Globe24h.com—Decisions therein indexed, revealing individuals’ names, sensitive information through search engines such as Google—Applicant’s labour relations case republished on Globe24h.com—Respondent requiring fee from applicant to remove his personal information from Globe24h.com—OPCC concluding, *inter alia*, PIPEDA applying to Globe24h.com; journalistic purpose exception (PIPEDA, s. 4(2)(c)), publicly available information exception (PIPEDA, ss. 7(1)(d), 7(2)(c.1), 7(3)(h.1)) not applying to Globe24h.com’s activities; underlying purpose of Globe24h.com not appropriate under PIPEDA, s. 5(3)—Whether: PIPEDA having extraterritorial application to Globe24h.com; respondent’s purpose “appropriate”; “publicly available” exception applying—PIPEDA applying to respondents’ activities—Issue herein whether real, substantial connection between respondents, Canada—Physical location not determinative—Content at issue, target audience, impact on Canadians connecting factors—Principle of comity not offended where foreign activity having unlawful consequences in Canada—Given involvement of Romanian counterpart to OPCC, Court’s findings

Continued on next page

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

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

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

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	247–419
Fiches analytiques	F-5–F-8

A.T. c. Globe24h.com (C.F.) 310

Protection des renseignements personnels—*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE)—Demande fondée sur l’art. 14 de la LPRPDE découlant d’un rapport du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP), dans lequel ce dernier a déterminé que les requêtes du demandeur contre les défendeurs sont bien fondées—Le défendeur Sebastian Radulescu republie des décisions de cours et de tribunaux canadiens sur un site Web situé en Roumanie, Globe24h.com—Les décisions publiées sur ce site sont indexées et révèlent le nom d’une personne et des renseignements personnels de nature délicate si l’on utilise un moteur de recherche comme Google —Une instance de relations de travail du demandeur a été republiée sur Globe24h.com—Le défendeur exigeait que le demandeur paie des frais pour supprimer ses renseignements personnels du Globe24h.com—Le CPVP a conclu, entre autres, que la LPRPDE peut s’appliquer au site Globe24h.com; que l’exception « à des fins journalistiques » (art. 4(2)(c) de la LPRPDE) et que l’exception concernant un renseignement réglementaire auquel le public a accès (7(1)(d), 7(2)(c.1) et 7(3)(h.1) de la LPRPDE) ne s’appliquaient pas aux activités de Globe24h.com; et que l’objectif sous-jacent du site Globe24h.com n’était pas acceptable en vertu de l’art. 5(3) de la LPRPDE—Il s’agissait de savoir si la LPRPDE a une portée extraterritoriale et si elle s’applique au site Globe24h.com; si l’objectif du défendeur est « acceptable » et si l’exception de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

complementing any action taken in Romanian court—Respondent “organization” within meaning of PIPEDA, s. 4(1)(a)—Respondent’s claimed purpose not “journalistic”—Exemption under PIPEDA, s. 4(2)(c) only applying where information collected, used or disclosed exclusively for journalistic purposes—Balance having to be struck between open courts principle, increasing online access to court records where privacy, security at issue—Respondent needlessly exposing sensitive personal information of participants in justice system—“Publicly available” exception under PIPEDA, s. 7 not available to respondent—Judicial documents publicly available only under certain conditions—Broadly crafted corrective order granted under PIPEDA, s. 16(a)—Damages awarded—Application allowed.

BP Canada Energy Company v. Canada (National Revenue) (F.C.A.) 355

Income Tax—Administration and Enforcement—Appeal from Federal Court order allowing application filed by respondent pursuant to *Income Tax Act*, s. 231.7(1) compelling production of internal accounting documents generally referred to as tax accrual working papers (TAWPs)—Appellant, Canadian subsidiary of BP plc, U.K. company active principally in oil, gas industry—Since publicly-traded company, BP plc required to prepare consolidated financial statements in accordance with Generally Accepted Accounting Principles—To prepare financial statements, appellant creating Tax Reserve Papers, which reflecting, *inter alia*, uncertain tax positions adopted by appellant in filing tax returns, corresponding analyses behind contingent tax reserves—In course of audit of appellant’s 2005 taxation year, two queries issued in particular for disclosure of appellant’s Tax Reserve Papers—Appellant producing redacted version of Tax Reserve Papers showing “tax at risk” amounts—Compliance order

SOMMAIRE (Suite)

l’accessibilité au public s’applique—La LPRPDE s’applique aux activités des défendeurs—La question en l’espèce était de savoir s’il y a eu un lien réel et important entre les défendeurs et le Canada—Le lieu physique n’est pas un facteur déterminant—Le contenu en question, le public cible et les répercussions sur les Canadiens sont des facteurs de rattachement—Le principe de la courtoisie n’est pas enfreint lorsqu’une activité se déroule à l’étranger, mais qu’elle a des conséquences illégales au Canada—Étant donné la participation de l’équivalent roumain du CPVP, les conclusions de la Cour ajouteraient un complément aux mesures prises devant la Cour roumaine—Le défendeur est une « organisation » au sens de l’art. 4(1)a) de la LPRPDE—L’objectif déclaré du défendeur ne peut être considéré comme « journalistique »—L’exemption de l’art. 4(2)c) ne s’applique que lorsque les renseignements sont collectés, utilisés ou publiés exclusivement à des fins journalistiques—Il faut trouver un équilibre entre le principe de la transparence de la justice et l’accès en ligne accru aux dossiers judiciaires où la vie privée et la sécurité des participants aux procédures judiciaires feront l’objet de débats—Les gestes du défendeur entraînent une visibilité inutile des renseignements personnels confidentiels des participants au système de justice—Le défendeur ne peut s’appuyer sur l’exception de « l’accessibilité au public » selon l’art. 7 de la LPRPDE—Les dossiers ou documents judiciaires sont accessibles au public sous certaines conditions—Une ordonnance de mesure corrective élaborée en termes généraux a été accordée conformément à l’art. 16a) de la LPRPDE—Des dommages-intérêts ont été accordés—Demande accueillie.

BP Canada Energy Company c. Canada (Revenu national) (C.A.F.) 355

Impôt sur le revenu—Application et exécution—Appel d’une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande déposée par l’intimé en vertu de l’art. 231.7(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ordonnant la production de documents comptables internes généralement décrits sous l’appellation « documents de travail sur l’impôt couru » (DTIC)—L’appelante est une filiale canadienne de BP plc, une société du Royaume-Uni dont les activités se concentrent dans le secteur pétrolier et gazier—En tant que société cotée en bourse, BP plc est tenue de préparer des états financiers consolidés conformes aux Principes comptables généralement reconnus—Pour préparer ces états financiers, l’appelante a créé des documents de provision pour dettes fiscales dans lesquels sont consignées notamment les positions fiscales incertaines que l’appelante a adoptées dans ses déclarations de revenu et les analyses au soutien des provisions pour les dettes fiscales anticipées—Au cours de la vérification de l’appelante

CONTENTS (Continued)

then sought since appellant refusing to disclose unredacted version of Tax Reserve Papers—Federal Court determining that documents at issue coming within scope of Act, s. 231.1(1)—Whether documents ordered produced beyond respondent’s reach; whether Federal Court committing legal, factual errors in ordering production thereof—Act, s. 231.1(1) drafted in broad terms, providing access to facts, information—Properly interpreted s. 231.1(1)(a) not making papers such as TAWPs compellable “without restriction”—Clear that Parliament intending that broad power set out in Act, s. 231.1(1) be used with restraint when dealing with TAWPs—Thus, Federal Court’s decision set aside—Federal Court also erring in finding that financial reporting obligations under provincial securities legislation not relevant to matter before it—Thus respondent could not invoke s. 231.1(1) for purpose of obtaining general, unrestricted access to parts of appellant’s Tax Reserve Papers which reveal uncertain tax positions—Respondent cannot enlist taxpayers who maintain TAWPs to perform core aspect of audits conducted under Act—Finally, Federal Court erring when holding that unrestricted, ongoing access to appellant’s Tax Reserve Papers consistent with respondent’s policy on compellability of TAWPs under Act—Appeal allowed.

DeMaria v. Canada (F.C.) 247

Parole—Judicial review of Parole Board of Canada, Appeal Division decision affirming Parole Board of Canada (Board) decision revoking applicant’s full parole—Board determining applicant having violated condition of parole by associating with persons involved in traditional organized crime—Finding that permitting applicant to serve sentence under supervision in community posing undue risk to public safety—Security Intelligence Report (SIR) completed following applicant’s arrest but full contents of report withheld—Applicant only given summary thereof in form of memo—Request for further disclosure from Board before parole review denied—Whether Parole Board breaching duty of procedural fairness owed to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pour l’année d’imposition 2005, deux demandes ont été émises visant, en particulier, la communication des documents de provision pour dettes fiscales de l’appelante—L’appelante a produit une version caviardée de ses documents qui montrait les montants « d’impôt à risque »—Comme l’appelante a refusé de produire une copie non caviardée des documents de provision pour dettes fiscales, une ordonnance visant leur production a été sollicitée—La Cour fédérale a déterminé que les documents en question tombaient sous l’art. 231.1(1) de la Loi—Il s’agissait de savoir si les documents dont la production avait été ordonnée ne pouvaient être transmis à l’intimé et si la Cour fédérale a commis des erreurs de droit et de fait en ordonnant leur production—L’art. 231.1(1) de la Loi est libellé en termes généraux et prévoit l’accès aux faits, mais aussi l’accès aux renseignements—L’art. 231.1(1)a) de la Loi, s’il est bien interprété, ne permet pas la communication « sans restriction » des DTIC—Le législateur entendait manifestement que les vastes pouvoirs qu’il confère soient exercés avec retenue lorsqu’il s’agit de DTIC—Par conséquent, la décision de la Cour fédérale devait être annulée—La Cour fédérale a également conclu à tort que les obligations relatives à l’information financière qu’impose la législation provinciale en matière de valeurs mobilières n’intervenaient pas dans l’analyse de la question à trancher—Par conséquent, l’intimé ne pouvait s’en remettre à l’art. 231.1(1) pour obtenir un accès général et illimité aux parties des documents de provision pour dettes fiscales de l’appelante qui énoncent les positions fiscales incertaines de cette dernière—L’intimé ne peut enjoindre aux contribuables qui tiennent des DTIC de s’acquitter des aspects fondamentaux des vérifications effectuées en vertu de la Loi—Enfin, la Cour fédérale a conclu à tort que l’accès illimité, régulier et continu aux documents de provision pour dettes fiscales de l’appelante était conforme à la politique de l’intimé sur l’obligation de produire des DTIC conformément à la Loi—Appel accueilli.

DeMaria c. Canada (C.F.) 247

Libération conditionnelle—Contrôle judiciaire d’une décision rendue par la Section d’appel de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (la Commission) ayant confirmé la décision de la Commission révoquant la libération conditionnelle totale du demandeur—La Commission a conclu que le demandeur avait violé une condition de sa libération en s’associant à des personnes membres du crime organisé traditionnel—La Commission a conclu que permettre au demandeur de purger sa peine sous surveillance dans la collectivité présenterait un risque inacceptable—Un Rapport sur les renseignements de sécurité (RRS) a été rédigé suivant l’arrestation du demandeur, mais le contenu intégral du RRS

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

applicant in circumstances: by not providing additional disclosure of allegations; by refusing to grant third postponement of applicant's parole review; by not convening oral hearing to permit applicant to respond to allegations—Board observing requirements of *Corrections and Conditional Release Act*, s. 141(1) stating that Board shall provide offender with information to be considered in review of case or summary thereof—Memo comprehensive, including sufficient details—However, Board's refusal to postpone hearing, to convene oral hearing resulting in breach of procedural fairness, as Board not addressing reasons cited by applicant for postponement—Decision to revoke applicant's parole engaging applicant's *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 rights—Board's decision not based exclusively on applicant's breach of non-association clause—Board relying on negative credibility statements in memo, making own findings of credibility—Applicant should thus have been provided with opportunity to relay his side of the story—While hearing not always required, several factors pointing to need for oral hearing in present case to permit applicant to respond to allegations, to address credibility findings in memo—Therefore, Appeal Board erring in finding that Board had met duty of procedural fairness—Application allowed.

De Wolf Maritime Safety B.V. v. Traffic-Tech International Inc. (F.C.) 285

Maritime Law—Carriage of Goods—Motion by defendant for preliminary determination of questions of law pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 220(1)(a)—Container stored on deck carrying plaintiff's shipment, lost overboard during voyage—Bill of lading issued by defendant not declaring that container to be carried "on deck"—Plaintiff claiming, *inter alia*, that defendant failing to carry cargo under deck, not entitled to invoke immunities or limitations provided for in Hague-Visby

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ne lui a pas été communiqué—Le demandeur n'a reçu qu'un résumé du RRS sous forme de note—Une demande faite à la Commission pour que d'autres renseignements soient communiqués avant l'examen de la libération conditionnelle a été refusée—Il s'agissait de savoir si la Commission a violé l'obligation d'équité procédurale à laquelle elle était tenue envers le demandeur dans les circonstances : en ne fournissant pas de renseignements additionnels sur les allégations; en refusant d'accorder un troisième ajournement de l'examen de la libération conditionnelle du demandeur; et en ne tenant pas d'audience pour permettre au demandeur de répondre aux allégations—La Commission a respecté les exigences du paragraphe 141(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* indiquant que la Commission doit faire parvenir au délinquant l'information qui doit être étudiée dans l'examen de son cas, ou un résumé de celle-ci—La note était exhaustive et fournissait suffisamment de détails—Cependant, le refus de la Commission d'accorder l'ajournement et d'ordonner la tenue d'une audience a occasionné un manquement à l'équité procédurale, car la Commission n'a pas traité des motifs soulevés par le demandeur pour l'ajournement—La décision de révoquer la libération conditionnelle du demandeur mettait en jeu les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La décision de la Commission ne reposait pas exclusivement sur le fait que le demandeur a contrevenu à la clause de non-association—La Commission s'est fondée sur les énoncés défavorables en matière de crédibilité contenus dans la note, et elle a tiré ses propres conclusions en matière de crédibilité—La tenue d'une audience était donc nécessaire pour que le demandeur puisse faire entendre sa version des faits—Bien que la tenue d'une audience ne soit pas toujours obligatoire, plusieurs facteurs indiquaient qu'il était nécessaire de tenir une audience en l'espèce pour permettre au demandeur de répondre aux allégations et de traiter des conclusions en matière de crédibilité figurant dans la note—Par conséquent, la Section d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la Commission s'était acquittée de son obligation en matière d'équité procédurale—Demande accueillie.

De Wolf Maritime Safety B.V. c. Traffic-Tech International Inc. (C.F.) 285

Droit maritime—Transport de marchandises—Requête de la défenderesse en vue d'une décision préliminaire sur des points de droit déposée en application de l'art. 220(1)a) des *Règles des Cours fédérales*—Le conteneur transporté en pontée renfermant la cargaison de la demanderesse a été perdu en mer durant le voyage—Le connaissance émis par la défenderesse ne mentionnait pas le transport en pontée—La demanderesse a prétendu entre autres que la défenderesse a omis de transporter

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Rules—Whether undeclared on-deck carriage of cargo preventing defendant from relying on Hague-Visby Rules; if not, what were applicable limitations—Defendant may rely on Hague-Visby Rules—Cargo not “goods” as defined in Hague-Visby Rules, Art. I(c) if carried on deck, stated in contract of carriage as being so carried—Hague-Visby Rules applying to cargo carried under deck while bill of lading stating that cargo carried on deck, *vice versa*—Here, bill of lading not mentioning on-deck carriage, that goods were carried on deck—As one of these two conditions not met, cargo not excluded from definition of “goods”—Hague-Visby Rules, Art. IV(5)(a) limitation of liability “in any event” applying herein—Words “in any event” meaning “in every case”, encompassing case at bar—Nothing in Art. IV(5)(a) suggesting words “in any event” referring to events listed under Hague-Visby Rules, Art. IV(2)—Hague-Visby Rules, Art. IV(5)(e) only exception to limitation rule in Art. IV(5)(a)—However, Art. IV(5)(e) not in play herein as no evidence of bad faith by defendant tendered—Interpreting words “in any event” as “in every case” compatible with exclusion of doctrine of fundamental breach.

X (Re) (F.C.) 391

Security Intelligence—Disclosure of information—Human sources—Application seeking to clarify procedure when Government claiming that privilege pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, s. 18.1 applying in an *in camera*, *ex parte* proceeding—Class privilege applying to facts involving Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human source—Remaining issue whether redacted information produced to designated judge may be viewed in unredacted form by Court, Opposing Counsel, designated judge only, or not at all—Opposing Counsel, Government Counsel arguing respectively, *inter alia*, s. 18.1 must be interpreted strictly, literally; s. 18.1 having to be interpreted in way permitting designated judge to perform role as independent adjudicator—CSIS human source privilege not applicable to designated judges—Allowing designated judge to review unredacted

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sa cargaison dans la cale et qu'elle n'est pas autorisée à invoquer les exonérations ou limitations prévues par les règles de La Haye-Visby—Il s'agissait de savoir si le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissance de la défenderesse empêchait la défenderesse d'invoquer les règles de La Haye-Visby et, dans la négative, de déterminer quelles étaient les limitations applicables—La défenderesse peut invoquer les règles de La Haye-Visby—Une cargaison n'est pas considérée comme des « marchandises » aux termes de l'art. I(c) des Règles de La Haye-Visby si elle est transportée en pontée et qu'il est fait mention dans le contrat de transport qu'elle est ainsi transportée—Les règles de La Haye-Visby s'appliqueront à la cargaison transportée en cale alors que le connaissance indique que la cargaison est transportée en pontée, et *vice versa*—En l'espèce, le connaissance ne mentionnait pas le transport en pontée, et que les marchandises ont été transportées en pontée—Comme l'une des deux conditions n'était pas satisfaite, la cargaison ne pouvait être exclue de la définition de « marchandises »—La limitation de responsabilité « en aucun cas » prévue à l'art. IV(5)(a) des règles de La Haye-Visby s'applique à la situation en l'espèce—Les termes anglais « *in any event* » signifient « *in every case* » et couvrent le présent litige—Rien dans l'art. IV(5)(a) ne laisse croire que les termes « *in any event* » font référence aux situations énumérées à l'art. IV(2) des règles de La Haye-Visby—La seule exception à la règle de limitation énoncée à l'art. IV(5)(a) est celle prévue à l'art. IV(5)(e)—Cependant, l'exception prévue à l'art. IV(5)(e) n'était pas en jeu en l'espèce, car aucun élément de preuve n'a été déposé concernant la question de savoir si la défenderesse a agi de mauvaise foi—Interpréter les termes « *in any event* » comme signifiant « *in every case* » est donc compatible avec l'exclusion du principe de l'inexécution fondamentale.

X (Re) (C.F.) 391

Renseignement de sécurité—Divulgence de renseignements—Sources humaines—Demande visant à préciser la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l'application d'un privilège en vertu de l'art. 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* dans le cadre d'une instance *in camera*, *ex parte* devant la Cour—Un privilège générique s'applique aux faits concernant une source humaine du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS)—Il restait à savoir si les informations caviardées soumises au juge désigné peuvent être lues sous leur forme non caviardée soit par la Cour et les avocats adverses, soit par le juge désigné seulement, soit par ni l'un ni l'autre—Les avocats adverses et les avocats du gouvernement ont soutenu respectivement, entre autres, que l'art. 18.1 doit être interprété de manière stricte et littérale et que l'art. 18.1 doit être

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

information striking balance between s. 18.1 intent, Charter, s. 7 rights of CSIS human sources, designated judge's statutory duties—Designated judge not counsel for Government's litigation opponent—Section 18.1 must be interpreted in manner allowing designated judge to perform duties as independent adjudicator—CSIS having elevated duty of candour towards designated judges—S. 18.1 not barring designated judge from receiving information regarding CSIS human source—Strict, literal interpretation of s. 18.1 would compromise fairness, justice.

SOMMAIRE (Fin)

interprété de manière à permettre au juge désigné d'exercer son rôle d'arbitre indépendant—Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS ne s'applique pas aux juges désignés—Le fait de permettre au juge désigné d'examiner les informations non caviardées établit un juste équilibre entre l'intention du législateur quant à l'art. 18.1, les droits garantis aux sources humaines du SCRS par l'art. 7 de la Charte et les fonctions judiciaires globales du juge désigné—Le juge désigné n'est pas la partie adverse des avocats du gouvernement—L'art. 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné de s'acquitter de ses fonctions à titre d'arbitre indépendant—Les avocats du SCRS ont une lourde obligation de franchise envers les juges désignés—L'art. 18.1 n'interdit pas de signifier au juge des informations relatives à une source humaine du SCRS—Une interprétation stricte et littérale de l'art. 18.1 compromettrait les principes de l'équité et de la justice.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Apotex Inc. v. Canada, A-553-14, A-554-14, 2017 FCA 73, Dawson J.A., judgment dated April 6, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused December 14, 2017.

Olumide v. Canada, T-892-16, 2016 FC 1106, Martineau J., judgment dated October 4, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused November 23, 2017 (*Ade Olumide v. Federal Court of Appeal*) and December 14, 2017 (*Ade Olumide v. Supreme Court of Canada, Federal Court of Canada and Conservative Fund Canada*).

Pembina County Water Resource District v. Manitoba, A-198-16, 2017 FCA 92, Nadon J.A., judgment dated May 3, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused December 21, 2017.

Pierre v. Canada (Border Services Agency), A-232-15, 2016 FCA 124, Scott J.A., judgment dated April 21, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused December 7, 2017.

Turmel v. Canada, A-202-16, Stratas, Webb and Near J.J.A., order dated May 1, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 23, 2017.

Venngo Inc. v. Concierge Connection Inc., A-5-16, A-33-16, 2017 FCA 96, Gleason J.A., judgment dated May 8, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused November 23, 2017.

Voltage Pictures, LLC v. John Doe, A-278-16, 2017 FCA 97, Stratas J.A., judgment dated May 9, 2017, leave to appeal to S.C.C. granted November 23, 2017, *sub nom. Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC*.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Apotex Inc. c. Canada, A-553-14, A-554-14, 2017 CAF 73, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 6 avril 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 décembre 2017.

Olumide c. Canada, T-892-16, 2016 CF 1106, le juge Martineau, jugement en date du 4 octobre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 novembre 2017 (*Ade Olumide c. Cour d'appel fédérale*) et le 14 décembre 2017 (*Ade Olumide c. Cour suprême du Canada, Cour fédérale du Canada et Conservative Fund Canada*).

Pembina County Water Resource District c. Manitoba, A-198-16, 2017 CAF 92, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 3 mai 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 décembre 2017.

Pierre c. Canada (Agence des services frontaliers), A-232-15, 2016 CAF 124, le juge Scott, J.C.A., jugement en date du 21 avril 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 décembre 2017.

Turmel c. Canada, A-202-16, les juges Stratas, Webb et Near, J.C.A., ordonnance en date du 1^{er} mai 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 novembre 2017.

Venngo Inc. c. Concierge Connection Inc., A-5-16, A-33-16, 2017 CAF 96, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 8 mai 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 novembre 2017.

Voltage Pictures, LLC c. John Doe, A-278-16, 2017 CAF 97, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 9 mai 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 23 novembre 2017, *sub nom. Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*.

T-2566-14
2017 FC 45

T-2566-14
2017 CF 45

Vincenzo DeMaria (*Applicant*)

Vincenzo DeMaria (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: DEMARIA v. CANADA

RÉPERTORIÉ : DEMARIA c. CANADA

Federal Court, Kane, J.—Ottawa, August 31, 2016 and January 16, 2017.

Cour fédérale, juge Kane—Ottawa, 31 août 2016 et 16 janvier 2017.

Parole — Judicial review of Parole Board of Canada, Appeal Division decision affirming Parole Board of Canada (Board) decision revoking applicant's full parole — Board determining applicant having violated condition of parole by associating with persons involved in traditional organized crime — Finding that permitting applicant to serve sentence under supervision in community posing undue risk to public safety — Security Intelligence Report (SIR) completed following applicant's arrest but full contents of report withheld — Applicant only given summary thereof in form of memo — Request for further disclosure from Board before parole review denied — Whether Parole Board breaching duty of procedural fairness owed to applicant in circumstances: by not providing additional disclosure of allegations; by refusing to grant third postponement of applicant's parole review; by not convening oral hearing to permit applicant to respond to allegations — Board observing requirements of Corrections and Conditional Release Act, s. 141(1) stating that Board shall provide offender with information to be considered in review of case or summary thereof — Memo comprehensive, including sufficient details — However, Board's refusal to postpone hearing, to convene oral hearing resulting in breach of procedural fairness, as Board not addressing reasons cited by applicant for postponement — Decision to revoke applicant's parole engaging applicant's Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 rights — Board's decision not based exclusively on applicant's breach of non-association clause — Board relying on negative credibility statements in memo, making own findings of credibility — Applicant should thus have been provided with opportunity to relay his side of the story — While hearing not always required, several factors pointing to need for oral hearing in present case to permit applicant to respond to allegations, to address credibility findings in memo — Therefore, Appeal Board erring in finding that Board had met duty of procedural fairness — Application allowed.

Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (la Commission) ayant confirmé la décision de la Commission révoquant la libération conditionnelle totale du demandeur — La Commission a conclu que le demandeur avait violé une condition de sa libération en s'associant à des personnes membres du crime organisé traditionnel — La Commission a conclu que permettre au demandeur de purger sa peine sous surveillance dans la collectivité présenterait un risque inacceptable — Un Rapport sur les renseignements de sécurité (RRS) a été rédigé suivant l'arrestation du demandeur, mais le contenu intégral du RRS ne lui a pas été communiqué — Le demandeur n'a reçu qu'un résumé du RRS sous forme de note — Une demande faite à la Commission pour que d'autres renseignements soient communiqués avant l'examen de la libération conditionnelle a été refusée — Il s'agissait de savoir si la Commission a violé l'obligation d'équité procédurale à laquelle elle était tenue envers le demandeur dans les circonstances : en ne fournissant pas de renseignements additionnels sur les allégations; en refusant d'accorder un troisième ajournement de l'examen de la libération conditionnelle du demandeur; et en ne tenant pas d'audience pour permettre au demandeur de répondre aux allégations — La Commission a respecté les exigences du paragraphe 141(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition indiquant que la Commission doit faire parvenir au délinquant l'information qui doit être étudiée dans l'examen de son cas, ou un résumé de celle-ci — La note était exhaustive et fournissait suffisamment de détails — Cependant, le refus de la Commission d'accorder l'ajournement et d'ordonner la tenue d'une audience a occasionné un manquement à l'équité procédurale, car la Commission n'a pas traité des motifs soulevés par le demandeur pour l'ajournement — La décision de révoquer la libération conditionnelle du demandeur mettait en jeu les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — La décision de la Commission ne reposait pas exclusivement

sur le fait que le demandeur a contrevenu à la clause de non-association — La Commission s’est fondée sur les énoncés défavorables en matière de crédibilité contenus dans la note, et elle a tiré ses propres conclusions en matière de crédibilité — La tenue d’une audience était donc nécessaire pour que le demandeur puisse faire entendre sa version des faits — Bien que la tenue d’une audience ne soit pas toujours obligatoire, plusieurs facteurs indiquaient qu’il était nécessaire de tenir une audience en l’espèce pour permettre au demandeur de répondre aux allégations et de traiter des conclusions en matière de crédibilité figurant dans la note — Par conséquent, la Section d’appel a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la Commission s’était acquittée de son obligation en matière d’équité procédurale — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision rendered by the Appeal Division of the Parole Board of Canada (the Appeal Division) affirming the decision of the Parole Board of Canada (the Board) revoking the applicant’s full parole. The Board determined that the applicant had violated a condition of his parole which prohibits the applicant from associating with any person known to be involved in criminal activity. Specifically, it found that the applicant associated with persons involved in traditional organized crime when he attended two family weddings. As a result, it found that permitting him to serve his sentence under supervision in the community would pose an undue risk to public safety and revoked his full parole. The Appeal Division affirmed the revocation.

The applicant is serving a life sentence and was granted day parole and then full parole. He had been living in the community with conditions until his parole was suspended. Shortly after he was arrested for violation of a parole condition, a Security Intelligence Report (SIR) was completed but the full contents of the report were withheld from the applicant pursuant to subsection 141(4) of the *Corrections and Conditional Release Act*. However, the applicant was given a summary of its contents in the form of a memo. Further disclosure from the Board before the parole review was requested but denied.

The applicant argued that the Appeal Division erred in finding that the Board met its duty of procedural fairness. The applicant noted that the Board refused to provide additional disclosure of the information it relied on, refused his request for a third postponement of his parole review, and refused to hold an oral hearing. He submitted that these refusals, individually and

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par la Section d’appel de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (la Section d’appel) qui a confirmé la décision de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (la Commission) révoquant la libération conditionnelle totale du demandeur. La Commission a conclu que le demandeur avait violé une condition de sa libération lui interdisant de s’associer à toute personne reconnue comme se livrant à des activités criminelles. Plus précisément, la Commission a conclu que le demandeur s’était trouvé en présence de personnes membres du crime organisé traditionnel lors de deux mariages qui ont eu lieu dans sa famille. Par conséquent, la Commission a conclu que lui permettre de purger sa peine sous surveillance dans la collectivité présenterait un risque inacceptable et elle a révoqué sa libération totale. La Section d’appel a confirmé la révocation.

Le demandeur purge une peine d’emprisonnement à perpétuité et il a obtenu une libération conditionnelle de jour, puis une libération conditionnelle totale. Il a vécu dans la collectivité, sous conditions, jusqu’à ce que sa libération conditionnelle soit suspendue. Peu de temps après son arrestation pour avoir violé une condition de sa libération conditionnelle, un Rapport sur les renseignements de sécurité (RRS) a été rédigé, mais le contenu intégral du RRS n’a pas été communiqué au demandeur, conformément au paragraphe 141(4) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Cependant, on lui a fourni un résumé du contenu sous forme de note. Une demande faite à la Commission pour que d’autres renseignements soient communiqués avant l’examen de la libération conditionnelle a été refusée.

Le demandeur a fait valoir que la Section d’appel a commis une erreur en concluant que la Commission s’était acquittée de l’obligation qui lui incombait en matière d’équité procédurale. Le demandeur a souligné que la Commission a refusé de fournir les renseignements supplémentaires sur lesquels elle s’est fondée, a refusé sa demande de troisième ajournement de l’exa-

collectively, breached the duty of procedural fairness owed to him.

The issues were whether the Parole Board breached its duty of procedural fairness it owed to the applicant in the circumstances: by not providing additional disclosure of the allegations; by refusing to grant a third postponement of the applicant's parole review; and/or by not convening an oral hearing to permit the applicant to respond to the allegations.

Held, the application should be allowed.

Regarding the Board's refusal for additional disclosure of the allegations, subsection 141(1) of the Act states that the Board shall provide the offender with information that is to be considered in the review of the case or a summary of that information. In this case, the Board stated that the provisions of the Act were complied with and that other information was withheld because its disclosure *could* jeopardize the safety of an individual or the conduct of a lawful investigation. Although the applicant argued that the Board applied the incorrect test and the lower threshold of "could", meaning a possibility, rather than "would" meaning a probability, the Board observed the requirements of subsection 141(1). Even though the Board used wording that did not reflect the precise wording of subsection 141(4) of the Act, a comparison of the memo the applicant was provided and the redacted SIR report included in the evidence demonstrated that the summary in the memo was comprehensive and included sufficient details.

With respect to the Board's decision denying a third postponement of the applicant's parole review, the Act and the *Corrections and Conditional Release Regulations* clearly contemplate requests by an offender for adjournments or postponements (Act, s. 135(5); Regulations, s. 163(3)). There was no prejudice to the Board by postponing the parole review. While the applicant had five months from the receipt of the memo to make substantive submissions in response and was granted two postponements, he sought additional information and was not aware that the Board would focus on his attendance at two weddings. His counsel set out several reasons for the third postponement request but the Board did not address the several reasons she cited or the alternatives she proposed; nor did it identify any possible prejudice to the Board in postponing the parole review given that the applicant remained in custody. Instead it found that the applicant's counsel had ample

men de sa demande de libération conditionnelle, et a refusé de tenir une audience. Le demandeur a soutenu que les refus, individuellement et collectivement, portaient atteinte à l'obligation d'équité procédurale à laquelle la Commission était tenue envers lui.

Il s'agissait de savoir si la Commission a violé l'obligation d'équité procédurale à laquelle elle était tenue envers le demandeur dans les circonstances : en ne fournissant pas de renseignements additionnels sur les allégations; en refusant d'accorder un troisième ajournement de l'examen de la libération conditionnelle du demandeur; et en ne tenant pas d'audience pour permettre au demandeur de répondre aux allégations.

Jugement : la demande doit être accueillie.

En ce qui concerne le refus de la Commission de fournir des renseignements additionnels sur les allégations, le paragraphe 141(1) de la Loi énonce que la Commission fait parvenir au délinquant l'information qui doit être étudiée dans l'examen de son cas, ou un résumé de celle-ci. En l'espèce, la Commission a établi que les dispositions de la Loi avaient été respectées et que des renseignements supplémentaires n'ont pas été communiqués parce que cela *pouvait* compromettre la sécurité d'une personne ou compromettre la tenue d'une enquête licite. Bien que le demandeur ait fait valoir que la Commission n'a pas appliqué le bon critère et a appliqué un critère moins exigeant (« pouvait compromettre »), c'est-à-dire une possibilité, plutôt qu'un autre critère (« compromettrait »), soit une probabilité, la Commission a établi que les exigences du paragraphe 141(1) avaient été respectées. Même si la Commission a utilisé un libellé qui ne reflétait pas la formulation précise du paragraphe 141(4) de la Loi, une comparaison de la note a été fournie et le RRS caviardé faisant partie de la preuve démontrait que le résumé contenu dans la note était exhaustif et fournissait suffisamment de détails.

En ce qui a trait à la décision de la Commission de refuser d'autoriser un troisième ajournement de l'examen de la libération conditionnelle du demandeur, la Loi et le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* établissent clairement que les demandes d'ajournement ou de report faites par un délinquant doivent être prises en compte (paragraphe 135(5) de la Loi; paragraphe 163(3) du Règlement). L'ajournement de l'examen de la libération conditionnelle n'occasionnait aucun préjudice à la Commission. Bien que le demandeur ait disposé de cinq mois, à compter de la réception de la note, pour présenter sa version des faits sur le fond et qu'on lui ait accordé deux ajournements, il a posé des questions détaillées à la Commission et il ne savait pas que la Commission mettrait l'accent sur sa présence à deux mariages. Son avocate a fait valoir plusieurs motifs à l'appui de la troisième demande d'ajournement, mais la Commission n'a

time to respond and that her previous letters were sufficient. However, the letters referred to by the Board posed numerous questions and were not the response to the allegations. The Board was well aware that submissions in response to the allegations had not yet been provided. Similarly, the Appeal Division's finding that the Board had considered submissions by applicant's counsel missed the point that these submissions were only on the procedural fairness issues and were not responsive to the allegations. While the Appeal Division may have erred in finding that the Board reasonably exercised its discretion to refuse the postponement, it was the Board's refusal to postpone the hearing followed by the Board's refusal to convene an oral hearing that resulted in a breach of procedural fairness.

The decision to revoke the applicant's parole engaged the applicant's *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, section 7 rights. This along with other factors affected the scope of the duty of procedural fairness. The Board's decision was not based exclusively on the applicant's breach of the non-association clause at the two weddings since the Board relied on the negative credibility statements in the memo and made its own findings of credibility. The information in the memo at issue went well beyond the two weddings. The prevailing case law establishes that where credibility and incarceration are at issue, an offender should be provided with an opportunity to relay his or her side of the story.

Subsection 140(2) of the Act, under which the applicant's review fell, states only that the Board "may elect" to conduct the review "by way of hearing in any case not referred to in subsection (1)." The Board's Policy Manual entitled *Decision-Making Policy Manual for Board Members* also provides guidance to Board members on conducting quality hearings. Despite that subsection 140(2) of the Act provides the discretion to hold an oral hearing, there were several factors pointing to the need for an oral hearing in this case in addition to the guidance in the Policy Manual.

The common law duty of procedural fairness was also examined. The applicant requested an oral hearing early on but the Board clearly responded that the review would proceed

pas examiné les divers motifs qu'elle invoquait ou les options qu'elle proposait, et elle n'a pas non plus relevé de faits qui pourraient lui porter préjudice si l'examen de la libération conditionnelle devait être ajourné, compte tenu du fait que le demandeur restait en détention. La Commission a plutôt conclu que l'avocate du demandeur disposait d'assez de temps pour présenter une réponse et que ses lettres antérieures étaient suffisantes. Cependant, les lettres auxquelles la Commission a renvoyé soulevaient de nombreuses questions et ne constituaient pas une réponse aux allégations. La Commission était bien au courant que les observations en réponse aux allégations n'avaient pas encore été présentées. Dans la même veine, la conclusion de la Section d'appel selon laquelle la Commission avait examiné les observations manquait la cible, en ce sens que ces observations portaient uniquement sur les questions liées à l'équité procédurale et non sur les allégations. Bien que la Section d'appel puisse avoir commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la Commission a exercé, de manière raisonnable, son pouvoir discrétionnaire de refuser l'ajournement, c'est ce refus, suivi du refus de la Commission d'ordonner la tenue d'une audience, qui a occasionné le manquement à l'équité procédurale.

La décision de révoquer la libération conditionnelle du demandeur mettait en jeu les droits qui lui sont garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce facteur, et d'autres, ont eu une incidence sur la portée de l'obligation d'équité procédurale. La décision de la Commission ne reposait pas exclusivement sur le fait que le demandeur a contrevenu à la clause de non-association lors de deux mariages, car la Commission s'est fondée sur les énoncés défavorables en matière de crédibilité contenus dans la note et elle a tiré ses propres conclusions en matière de crédibilité. La note contenait des renseignements qui allaient bien au-delà des deux mariages. La jurisprudence prédominante établit que, dans les cas où la crédibilité et l'incarcération sont en jeu, un délinquant doit avoir l'occasion de faire entendre sa version des faits.

Le paragraphe 140(2) de la Loi, dont l'examen visant le demandeur relevait, prévoit uniquement que la Commission « peut décider » de tenir « une audience dans les autres cas non visés au paragraphe (1) ». Le Manuel des politiques de la Commission intitulé *Manuel des politiques décisionnelles à l'intention des commissaires* prévoit que son objet est de guider les commissaires à tenir des audiences de qualité. Malgré que le paragraphe 140(2) de la Loi confère au décideur le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience, plusieurs facteurs, en plus des orientations fournies par le Manuel des politiques, indiquaient qu'il était nécessaire de tenir une audience.

L'obligation d'équité procédurale prévue dans la common law a également été examinée. Le demandeur sollicitait la tenue d'une audience, mais la Commission lui a clairement

on the basis of written material. In the present case, the nature of the decision and the manner in which the Board makes its decisions, coupled with the importance of the decision to the applicant, supported the need for more than the minimum level of procedural fairness. The Board may have satisfied its duty of procedural fairness without holding an oral hearing had it granted the applicant's request to postpone his parole review and the applicant had subsequently provided more comprehensive written submissions in response to the numerous allegations rather than limited submissions on the procedural fairness issues. However, the Parole Board refused the third request for a postponement to permit such submissions. The Appeal Division considered the appeal only on the basis of the information on the record before the Board. Thus the Board's refusal to postpone the review for the third time was an important part of the relevant context that informed the scope of the duty of procedural fairness and whether an oral hearing was required. In these circumstances, an oral hearing should have been provided to permit the applicant to respond to the allegations and to address the credibility findings in the memo. Therefore, the Appeal Board erred in finding that the Board had met its duty of procedural fairness.

Consequently, it was ordered that a differently constituted panel of the Parole Board re-determine whether the applicant's parole should be revoked after providing the applicant with a reasonable opportunity to make written submissions in response to the memo and/or following an oral hearing.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 135(5), 140, 141.

Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 163(3).

CASES CITED

APPLIED:

Cartier v. Canada (Attorney General), 2002 FCA 384, [2003] 2 F.C. 317; *Joly v. Canada (Attorney General)*, 2014

communiqué que l'examen aurait lieu sur la foi des documents écrits. En l'espèce, la nature de la décision et la manière avec laquelle la Commission rend ses décisions, conjuguées avec l'importance de la décision pour le demandeur, exigeaient que le principe d'équité procédurale soit appliqué avec plus de rigueur que le minimum prévu. La Commission aurait pu s'acquitter de son obligation relative à l'équité procédurale sans tenir une audience si elle avait fait droit à la demande du demandeur d'ajourner l'examen de sa libération conditionnelle et que le demandeur avait par la suite présenté des observations écrites plus détaillées en réponse aux nombreuses allégations, plutôt que des observations ne portant que sur des questions relatives à l'équité procédurale. Cependant, la Commission des libérations conditionnelles avait refusé la troisième demande d'ajournement, laquelle visait la présentation de ces observations. La Section d'appel a examiné l'appel en se fondant uniquement sur les renseignements figurant dans le dossier dont disposait la Commission. Le refus de la Commission d'ajourner l'examen pour une troisième fois constituait donc une partie importante du contexte pertinent qui déterminait la portée de l'obligation d'équité procédurale ainsi que la question de savoir si la tenue d'une audience était nécessaire. Dans les circonstances, une audience aurait dû être tenue pour permettre au demandeur de répondre aux allégations et de traiter des conclusions en matière de crédibilité figurant dans la note. Ainsi, la Section d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la Commission s'était acquittée de son obligation en matière d'équité procédurale.

Par conséquent, la Cour a ordonné qu'un tribunal différemment constitué de la Commission des libérations conditionnelles décide à nouveau si la libération conditionnelle du demandeur devrait être révoquée, après qu'elle lui eut donné une possibilité raisonnable de présenter des observations écrites en réponse à la note et/ou à la suite d'une audience.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 135(5), 140, 141.

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 163(3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Cartier c. Canada (Procureur général), 2002 CAF 384, [2003] 2 C.F. 317; *Joly c. Canada (Procureur général)*,

FC 1253, 16 C.R. (7th) 377; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422.

CONSIDERED:

Mymryk v. Canada (Attorney General), 2010 FC 632, 382 F.T.R. 8; *Gough v. Canada (National Parole Board)*, [1991] 2 F.C. 117 (1990), 40 F.T.R. 91 (T.D.); *Way v. Parole Board of Canada*, 2014 QCCS 4193, 85 Admin. L.R. (5th) 47, affd sub nom. *Canada (Attorney General) v. Way*, 2015 QCCA 1576, 11 Admin. L.R. (6th) 69, leave to appeal to S.C.C. granted [2016] 1 S.C.R. xvi; *Hewitt v. National Parole Board*, [1984] 2 F.C. 357 (T.D.).

REFERRED TO:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560, (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170; *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2000 CanLII 16572, 26 Admin. L.R. (3d) 30 (F.C.A.); *Xwave Solutions Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2003 FCA 301, 5 Admin. L.R. (4th) 280; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

AUTHORS CITED

Parole Board of Canada. *Decision-Making Policy Manual for Board Members*, 2nd ed. Ottawa: Parole Board of Canada, 2015.

APPLICATION for judicial review of a decision rendered by the Appeal Division of the Parole Board of Canada affirming the decision of the Parole Board of Canada revoking the applicant's full parole. Application allowed.

2014 CF 1253; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Mymryk c. Canada (Procureur général), 2010 CF 632; *Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1991] 2 C.F. 117 (1^{re} inst.); *Way c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2014 QCCS 4193, conf. par sub nom. *Canada (Procureur général) c. Way*, 2015 QCCA 1576, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2016] 1 R.C.S. xvi; *Hewitt c. Commission des libérations conditionnelles*, [1984] 2 C.F. 357 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170; *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2000 CanLII 16572 (C.A.F.); *Xwave Solutions Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2003 CAF 301; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

DOCTRINE CITÉE

Commission des libérations conditionnelles du Canada. *Manuel des politiques décisionnelles à l'intention des commissaires*, 2^e éd. Ottawa : Commission des libérations conditionnelles du Canada, 2015.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel de la Commission des libérations conditionnelles du Canada qui a confirmé la décision de la Commission des libérations conditionnelles du Canada révoquant la libération conditionnelle totale du demandeur. Demande accueillie.

APPEARANCES

Michael S. Mandelcorn and Simon King for applicant.
Sean Gaudet and Ayesha Laldin for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Michael S. Mandelcorn, Kingston, and Simon King, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered by

[1] KANE J.: The applicant, Vincenzo DeMaria, seeks judicial review of a decision rendered by the Appeal Division of the Parole Board of Canada (the Appeal Division) on November 14, 2014. The Appeal Division affirmed the decision of the Parole Board of Canada (the Board) rendered on June 18, 2014, to revoke Mr. DeMaria's full parole.

I. Overview

[2] The Board determined that Mr. DeMaria violated a condition of his parole which prohibits him from associating with any person known to be involved in criminal activity (the non-association condition). Specifically, the Board found that Mr. DeMaria associated with persons involved in traditional organized crime (TOC) when he attended two family weddings on February 25, 2012 and on June 23, 2012. As a result, the Board found that permitting him to serve his sentence under supervision in the community would pose an undue risk to public safety and revoked his full parole. The Appeal Division affirmed the revocation.

[3] Mr. DeMaria argues that the Appeal Division erred in finding that the Board met its duty of procedural fairness. Mr. DeMaria notes that the Board refused to provide additional disclosure of the information it relied on, refused his request for a third postponement of his parole review, and refused to hold an oral hearing. Mr. DeMaria

ONT COMPARU

Michael S. Mandelcorn et Simon King pour le demandeur.
Sean Gaudet et Ayesha Laldin pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Michael S. Mandelcorn, Kingston, et Simon King, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus par

[1] LA JUGE KANE : Le demandeur, Vincenzo DeMaria, sollicite le contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (Section d'appel) le 14 novembre 2014. La Section d'appel a confirmé la décision de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (la Commission) rendue le 18 juin 2014 révoquant la libération conditionnelle totale de M. DeMaria.

I. Aperçu

[2] La Commission a conclu que M. DeMaria avait violé une condition de sa libération lui interdisant de s'associer à toute personne reconnue comme se livrant à des activités criminelles (la condition de non-association). Plus précisément, la Commission a conclu que M. DeMaria s'était trouvé en présence de personnes membres du crime organisé traditionnel (COT) lors de deux mariages qui ont eu lieu dans sa famille le 25 février et le 23 juin 2012. Par conséquent, la Commission a conclu que lui permettre de purger sa peine sous surveillance dans la collectivité présenterait un risque inacceptable et elle a révoqué sa libération totale. La Section d'appel a confirmé la révocation.

[3] M. DeMaria fait valoir que la Section d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission s'était acquittée de l'obligation qui lui incombait en matière d'équité procédurale. M. DeMaria souligne que la Commission a refusé de fournir les renseignements supplémentaires sur lesquels elle s'est fondée, a

submits that the refusals, individually and collectively, breached the duty of procedural fairness owed to him.

[4] For the reasons that follow, the application is allowed.

[5] It is important to first highlight that the Parole Board has the responsibility and expertise to make decisions regarding parole and its revocation. This application for judicial review does not address the merits or reasonableness of the Board's decision with respect to the risk to public safety posed by Mr. DeMaria; rather, it focuses only on the duty of procedural fairness owed by the Board to Mr. DeMaria in the Board's decision-making process.

[6] The scope of the duty owed by the Board to Mr. DeMaria is informed by the relevant context, including that Mr. DeMaria's liberty interests, albeit limited or qualified, were at stake, his credibility was impugned, and the Board denied his request for a further postponement of his parole review and proceeded to make a decision without his full submissions in response. In these circumstances, the Board's refusal to hold an oral hearing resulted in a breach of procedural fairness.

[7] Mr. DeMaria had pursued a range of legal options, some of which he acknowledged to be strategic or tactical, which affected his ability to respond to the numerous allegations related to his parole review and prompted his requests for postponement of the review. Despite this, Mr. DeMaria was still owed a duty of procedural fairness by the Board.

[8] As explained below, if the Board had granted the third postponement to allow some additional time for

refusé sa demande de troisième ajournement de l'examen de sa demande de libération conditionnelle, et a refusé de tenir une audience. M. DeMaria soutient que les refus, individuellement et collectivement, portent atteinte à l'obligation d'équité procédurale à laquelle la Commission était tenue envers lui.

[4] Pour les motifs qui suivent, la demande est accueillie.

[5] Il est important de souligner tout d'abord que la Commission des libérations conditionnelles est chargée de prendre des décisions à l'égard de la libération conditionnelle et de sa révocation et possède l'expertise pour le faire. La présente demande de contrôle judiciaire ne porte pas sur le bien-fondé ou le caractère raisonnable de la décision de la Commission quant au risque à la sécurité publique posé par M. DeMaria; elle porte plutôt sur l'obligation d'équité procédurale à l'égard de M. DeMaria à laquelle la Commission est tenue dans le cadre du processus de prise de décision.

[6] La portée de l'obligation à laquelle la Commission est tenue à l'égard de M. DeMaria est fondée sur le contexte pertinent, notamment le fait que le droit à la liberté de M. DeMaria, quoique restreint ou limité, était en jeu, que sa crédibilité était mise en doute, et que la Commission avait refusé l'ajournement de l'examen de sa demande de libération conditionnelle et pris une décision sans avoir été saisie de toutes ses observations en réponse. Compte tenu de ces circonstances, le refus de la Commission de tenir une audience a entraîné une atteinte à l'équité procédurale.

[7] M. DeMaria avait envisagé un certain nombre d'options juridiques, dont certaines, comme il l'a reconnu, étaient stratégiques ou tactiques; ces options ont eu une incidence sur sa capacité à répondre aux nombreuses allégations liées à l'examen relatif à sa libération conditionnelle et elles l'ont mené à présenter sa demande d'ajournement de l'examen. Malgré cela, la Commission avait toujours une obligation d'équité procédurale à l'égard de M. DeMaria.

[8] Comme je l'explique plus loin, si la Commission avait accueilli la demande de troisième ajournement afin

Mr. DeMaria to make more comprehensive submissions in response to the numerous allegations, the context would have been different and an oral hearing may not have been required in order to meet the duty of procedural fairness.

[9] The Appeal Division erred in finding that the Board met the duty of procedural fairness owed to Mr. DeMaria. Therefore, the Board must re-determine whether Mr. DeMaria's parole should be revoked.

II. The background

[10] Mr. DeMaria was convicted of second degree murder in 1982 and is serving a life sentence. He was granted day parole in 1989 and full parole in 1992. He had been living in the community, with conditions, until his parole was suspended in 2013.

[11] Mr. DeMaria was arrested on November 14, 2013, based on information gathered by the Correctional Service of Canada (CSC) that he had violated a condition of his parole. CSC interviewed Mr. DeMaria on November 18, 2013, and referred his suspension to the Parole Board, along with an Assessment for Decision (the Assessment).

[12] The Assessment recommended that his parole be revoked. The Assessment noted that CSC was in possession of "an abundance of compelling police information" indicating that Mr. DeMaria was actively involved in TOC and had violated the non-association condition of his parole. No details of this police information were disclosed to Mr. DeMaria at that time.

[13] Mr. DeMaria's representative advised the Board on December 18, 2013, and January 17, 2014, that Mr. DeMaria intended to rebut the allegations and requested disclosure of the police information.

d'accorder à M. DeMaria plus de temps pour présenter des observations plus exhaustives en réponse aux nombreuses allégations, le contexte aurait été différent et la tenue d'une audience n'aurait peut-être pas été requise pour que l'obligation d'équité procédurale soit respectée.

[9] La Section d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission s'était acquittée de son obligation d'équité procédurale à l'égard de M. DeMaria. Par conséquent, la Commission doit trancher à nouveau la question de savoir si la libération conditionnelle de M. DeMaria doit être révoquée.

II. Contexte

[10] M. DeMaria a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré en 1982 et il purge une peine d'emprisonnement à perpétuité. Il a obtenu une libération conditionnelle de jour en 1989 et une libération conditionnelle totale en 1992. Il a vécu dans la collectivité, sous conditions, jusqu'à ce que sa libération conditionnelle soit suspendue en 2013.

[11] M. DeMaria a été arrêté le 14 novembre 2013, sur la foi de renseignements recueillis par Service correctionnel Canada (SCC) selon lesquelles il avait violé une condition de sa libération conditionnelle. SCC a interrogé M. DeMaria le 18 novembre 2013, et a renvoyé ce dossier à la Commission des libérations conditionnelles, accompagnée d'une Évaluation en vue d'une décision (l'Évaluation).

[12] L'Évaluation recommandait que la libération conditionnelle de M. DeMaria soit révoquée. L'Évaluation mentionnait également que SCC possédait [TRADUCTION] « une grande quantité de renseignements policiers concluants » indiquant que M. DeMaria était un membre actif du COT et qu'il avait violé la condition de non-association de sa libération conditionnelle. Aucun détail au sujet de ces renseignements policiers n'a été communiqué à M. DeMaria à l'époque.

[13] La représentante de M. DeMaria a informé la Commission le 18 décembre 2013 et le 17 janvier 2014 que M. DeMaria avait l'intention de réfuter les allégations qui avaient été faites et il a demandé la divulgation des renseignements policiers.

[14] CSC completed a Security Intelligence Report (SIR) on January 20, 2014. The full contents of the SIR were withheld from Mr. DeMaria pursuant to subsection 141(4) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act). However, CSC provided a summary to him on January 21, 2014, in Memo #9, which is also referred to as the “Gist of Assessment for Decision 2013/12/06”.

[15] On February 4, 2014, Mr. DeMaria’s representative requested further disclosure from the Board and inquired whether Mr. DeMaria would be granted an oral hearing.

[16] On February 17, 2014, the Board responded that no further disclosure would be provided prior to the parole review and that it would assess whether meaningful disclosure had been provided at the point of reviewing the file. The Board also confirmed that the review would proceed on the basis of the written record.

[17] Between February 18, 2014, and the Board’s decision on June 18, 2014, Mr. DeMaria made three requests for a postponement of his parole review pursuant to subsection 135(5) of the Act. Postponements were granted on February 21, 2014, and on May 13, 2014. The Board indicated in the May 13, 2014 postponement decision that the review was scheduled to take place no later than June 16, 2014. On June 11, 2014, Mr. DeMaria’s representative requested a third postponement noting the pending outcome of a *habeas corpus* application before the Ontario Superior Court and its potential impact on the parole review, the complexity of the issues, and the need for more time to prepare submissions in response to the many allegations in Memo #9. On June 13, 2014, the Board denied the request for a third postponement.

[18] On June 17, 2014, Mr. DeMaria’s representative provided the Board with limited written submissions, along with the record in the *habeas corpus* application

[14] SCC a rédigé un Rapport sur les renseignements de sécurité (RRS) le 20 janvier 2014. Le contenu intégral du RRS n’a pas été communiqué à M. DeMaria, conformément au paragraphe 141(4) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi). Cependant, SCC lui a fourni un résumé le 21 janvier 2014, dans la note n° 9, aussi appelée [TRADUCTION] « Essentiel de l’évaluation en vue d’une décision – 2013-12-06 ».

[15] Le 4 février 2014, la représentante de M. DeMaria a demandé à la Commission que d’autres renseignements soient communiqués et a demandé si M. DeMaria pourrait se voir accorder une audience.

[16] Le 17 février 2014, la Commission a répondu qu’aucun renseignement supplémentaire ne serait divulgué avant l’examen de la libération conditionnelle et établi qu’elle évaluerait s’il y a eu communication de renseignements utiles lors de l’examen du dossier. La Commission a également confirmé que l’examen serait fait sur le fondement du dossier écrit.

[17] Entre le 18 février 2014 et le 18 juin 2014, date de la décision de la Commission, M. DeMaria a présenté trois demandes d’ajournement de l’examen de sa libération conditionnelle en vertu du paragraphe 135(5) de la Loi. Les ajournements ont été accordés le 21 février et le 13 mai 2014. La Commission a indiqué dans la décision d’ajournement du 13 mai 2014 que l’examen aurait lieu au plus tard le 16 juin 2014. Le 11 juin 2014, la représentante de M. DeMaria a demandé un troisième ajournement en soulignant que l’on attendait l’issue de la demande d’*habeas corpus* dont était saisie la Cour supérieure de justice de l’Ontario et son incidence potentielle sur l’examen de la libération conditionnelle, que les questions en litige étaient complexes et qu’ils devaient disposer d’un délai supplémentaire afin de préparer des observations en réponse aux nombreuses allégations figurant dans la note n° 9. Le 13 juin 2014, la Commission a rejeté la demande d’un troisième ajournement.

[18] Le 17 juin 2014, la représentante de M. DeMaria a fourni à la Commission des observations écrites limitées, ainsi que le dossier de la demande d’*habeas*

before the Ontario Superior Court. The submissions focused on procedural fairness issues.

[19] On June 18, 2014, the Board issued its decision, revoking Mr. DeMaria's full parole.

III. The decision under review

[20] Although the decision under review is that of the Appeal Division, the Court must consider the underlying decision of the Parole Board. As noted by Justice Letourneau in *Cartier v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 384, [2003] 2 F.C. 317, at paragraph 10:

... The judge in theory has an application for judicial review from the Appeal Division's decision before him, but when the latter has affirmed the Board's decision he is actually required ultimately to ensure that the Board's decision is lawful.

This is particularly important given that allegations of procedural unfairness focus on the Parole Board's proceedings.

The decision of the Parole Board

[21] The Board found that Mr. DeMaria had violated the non-association condition of his parole and that permitting him to serve his life sentence in the community would pose an undue risk to society.

[22] The Board relied on Mr. DeMaria's CSC file information, including the Assessment, the SIR, and Memo #9. The Board also considered the June 17, 2014 written submissions by Mr. DeMaria's representative, Ms. Orkin. The Board acknowledged the documents provided regarding the *habeas corpus* application, but found that these did not address the reasons for the suspension of full parole.

corpus présentée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Les observations étaient axées sur les questions d'équité procédurale.

[19] Le 18 juin 2014, la Commission a rendu sa décision, révoquant la libération conditionnelle totale de M. DeMaria.

III. La décision faisant l'objet du contrôle judiciaire

[20] Même si la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire est celle rendue par la Section d'appel, la Cour doit examiner la décision sous-jacente de la Commission des libérations conditionnelles. Le juge Letourneau a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Cartier c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 384, [2003] 2 C.F. 317, au paragraphe 10 :

[...] Le juge est théoriquement saisi d'une demande de contrôle judiciaire relative à la décision de la Section d'appel, mais lorsque celle-ci confirme la décision de la Commission, il est en réalité appelé à s'assurer, ultimement, de la légalité de cette dernière.

Cette déclaration est particulièrement importante compte tenu du fait que les allégations à l'égard de l'équité procédurale sont axées sur les procédures de la Commission des libérations conditionnelles.

La décision de la Commission des libérations conditionnelles

[21] La Commission a conclu que M. DeMaria avait violé la condition de non-association de sa libération conditionnelle et que lui permettre de purger sa peine d'emprisonnement à perpétuité dans la collectivité poserait un risque inacceptable pour la société.

[22] La Commission s'est fondée sur les renseignements contenus dans le dossier de SCC concernant M. DeMaria, notamment l'Évaluation, le RRS, et la note n° 9. La Commission a aussi examiné les observations écrites du 17 juin 2014 présentées par la représentante de M. DeMaria, M^{me} Orkin. La Commission a accepté les documents concernant la demande d'*habeas corpus*, mais elle a conclu qu'ils ne portaient pas sur les motifs de suspension de la libération conditionnelle totale.

[23] With respect to Mr. DeMaria's submissions that the Board had violated his right to procedural fairness, the Board concluded that:

- i. The refusal to grant a third postponement of Mr. DeMaria's parole review did not breach procedural fairness. Given that two previous postponements had been granted, he had ample time to respond to any adverse allegations before the Board.
- ii. The disclosure provided was adequate. The summary provided in Memo #9, and in the short follow-up memo dated February 13, 2014, contained sufficient details of the violations of his non-association condition.
- iii. An oral hearing was not required. The Board noted that subsection 140(2) of the Act provides that it may hold an oral hearing, but concluded that it had received "all relevant, persuasive, and reliable information required for it to render a decision" by way of the written record, including the information provided by CSC and Mr. DeMaria's submissions.

[24] With respect to whether Mr. DeMaria's continued parole would constitute an undue risk to society, the Board found that the information provided by numerous police agencies was reliable and persuasive. The Board specifically noted that Mr. DeMaria attended two family weddings in 2012, police observed known members of TOC in attendance at those weddings, and that Mr. DeMaria had the opportunity to advise his parole supervisor that he had been in the company of these individuals, but did not. The Board found that this information was relevant to the risk posed by Mr. DeMaria.

[23] En ce qui concerne les observations de M. DeMaria selon lesquelles la Commission avait violé son droit à l'équité procédurale, la Commission a conclu ce qui suit :

- i. Le refus d'accorder un troisième ajournement de l'examen de la libération conditionnelle de M. DeMaria ne portait pas atteinte à l'équité procédurale. Puisque deux ajournements avaient déjà été accordés, il disposait d'amplement de temps pour répondre à toute allégation défavorable devant la Commission.
- ii. Les documents fournis étaient adéquats. Le résumé fourni dans la note n° 9 ainsi que dans le court document d'information, daté du 13 février 2014, contenaient suffisamment de détails au sujet des violations de sa condition de non-association.
- iii. Il n'était pas obligatoire de tenir une audience. La Commission a souligné que le paragraphe 140(2) de la Loi prévoit qu'elle peut tenir une audience, mais elle a conclu avoir reçu [TRADUCTION] « tous les renseignements pertinents, convaincants et fiables dont elle avait besoin pour rendre une décision » au moyen d'un rapport écrit, y compris tous les renseignements fournis par SCC et les observations de M. DeMaria.

[24] En ce qui concerne la question de savoir si le maintien de la libération conditionnelle de M. DeMaria constituerait un risque inacceptable pour la société, la Commission a conclu que les renseignements fournis par les nombreux services de police étaient fiables et convaincants. La Commission a expressément souligné que M. DeMaria avait assisté à deux mariages dans sa famille en 2012, que les policiers ont constaté la présence de deux membres connus du COT à ces mariages, et que M. DeMaria a eu l'occasion d'informer son surveillant de liberté conditionnelle qu'il s'était trouvé en présence de ces individus, mais il ne l'a pas fait. La Commission a conclu que ces renseignements étaient pertinents quant au risque que posait M. DeMaria.

[25] In support of his appeal, Mr. DeMaria's representative and counsel, Ms. Orkin, made extensive submissions dated August 18, 2014, which included several affidavits. The submissions provided a chronology of CSC decisions with respect to Mr. DeMaria's various grievances and legal challenges and made detailed arguments on the three procedural fairness issues. Mr. DeMaria's affidavit describes, among other things, his post-suspension interview, his practice of reporting contacts with individuals to his parole officer, the notice he provided to his parole officer of his intention to attend the weddings in February and June 2012, his recollection of the weddings, and his denial that he associated with the named individuals. Mr. DeMaria's affidavit also addresses several other allegations set out in Memo #9, including about his business interests and his links to other named individuals.

[26] This information was not part of the record before the Board and was, therefore, not considered by the Appeal Division. The Appeal Division focused only on the allegations of breach of procedural fairness.

[27] The Appeal Division concluded:

- i. The Board's decision to deny Mr. DeMaria a third postponement of his file review was reasonable. Given the length of time between his parole suspension and the Board's decision (212 days), he had ample time to respond to adverse allegations before the Board. In addition, his right to be heard was respected because his June 17, 2014 submissions were considered by the Board.
- ii. Mr. DeMaria's argument that the summary of the information set out in Memo #9 did not provide adequate disclosure was without merit. The Board provided a summary that included sufficient details such as dates, locations and names.

[25] À l'appui de son appel, la représentante et avocate de M. DeMaria, M^{me} Orkin, a présenté des observations détaillées datées du 18 août 2014, qui incluaient plusieurs affidavits. Les observations faisaient mention de la chronologie des décisions de SCC ayant trait aux différents griefs et contestations judiciaires de M. DeMaria, ainsi que des arguments détaillés concernant les trois questions relatives à l'équité procédurale. Les affidavits de M. DeMaria décrivent notamment son entrevue postérieure à la suspension, son habitude à déclarer à son agent de libération conditionnelle les contacts qu'il avait avec des personnes, l'avis fourni à son agent de libération conditionnelle au sujet de son intention d'assister aux mariages en février et en juin 2012, ce dont il se souvient des mariages, et son refus de reconnaître qu'il fréquentait les personnes désignées. L'affidavit de M. DeMaria portait également sur plusieurs autres allégations formulées dans la note n° 9, notamment sur celles qui concernent ses intérêts commerciaux et ses liens avec d'autres personnes désignées.

[26] Ces renseignements ne faisaient pas partie du dossier dont a été saisie la Commission et, par conséquent, ils n'ont pas été examinés par la Section d'appel. La Section d'appel s'est concentrée uniquement sur les allégations d'atteinte à l'équité procédurale.

[27] La Section d'appel a conclu ce qui suit :

- i. La décision de la Commission de refuser à M. DeMaria un troisième ajournement de l'examen de son dossier était raisonnable. Compte tenu du temps écoulé entre la suspension de sa libération conditionnelle et la décision de la Commission (212 jours), il disposait de suffisamment de temps pour répondre aux allégations défavorables devant la Commission. De plus, son droit d'être entendu a été respecté parce que ses observations datées du 17 juin 2014 ont été examinées par la Commission.
- ii. L'argument de M. DeMaria selon lequel le résumé des renseignements mentionnés dans la note n° 9 ne constituait pas une communication adéquate n'était pas fondé. La Commission a fourni un résumé qui comprenait suffisamment de détails, notamment des dates, des lieux et des noms.

iii. The Board's decision to deny Mr. DeMaria's request for an oral hearing was reasonable. Subsection 140(2) of the Act gives the Board discretion to determine whether an oral hearing is necessary. The Board reasonably concluded that it had all the information necessary to make a decision in the matter. In accordance with the *Decision-Making Policy Manual for Board Members* (the Policy Manual) at subsection 11.1(5), unless a hearing is otherwise required by law, the Board may choose to conduct a hearing based on an assessment of any relevant factor, including the reliability and persuasiveness of the information, incompleteness of the information, or an offender's inability to communicate.

IV. The issues

[28] Mr. DeMaria submits that the Appeal Division erred in finding that the Board met its duty of procedural fairness. He submits that he was prejudiced in his response to the allegations against him by a lack of disclosure, lack of sufficient time to prepare his submissions, and the Board's refusal to hold an oral hearing.

[29] The respondent submits that the Appeal Division did not err in finding that the Board met its duty of procedural fairness. Mr. DeMaria knew the allegations against him with sufficient detail and had ample time to respond but chose not to address the substance of the allegations. As such, no oral hearing was required.

[30] The Court on judicial review must focus on the decision of the Board to determine whether the Board breached the duty of procedural fairness it owed to Mr. DeMaria in the circumstances by: not providing additional disclosure of the allegations; refusing to grant a third postponement of Mr. DeMaria's parole review; and/or,

iii. La décision de la Commission de rejeter la demande d'audience de M. DeMaria était raisonnable. Le paragraphe 140(2) de la Loi accorde à la Commission le pouvoir discrétionnaire de déterminer si la tenue d'une audience est nécessaire. La Commission a conclu de façon raisonnable qu'elle possédait tous les renseignements nécessaires pour prendre une décision dans cette affaire. Aux termes du *Manuel des politiques décisionnelles à l'intention des commissaires* (le Manuel des politiques), au paragraphe 11.1(5), à moins que la loi exige la tenue d'une audience, la Commission peut décider de tenir une audience fondée sur une évaluation de tout facteur pertinent, notamment le caractère sûr et convaincant des renseignements examinés, le caractère incomplet des renseignements ou l'incapacité de communiquer d'un délinquant.

IV. Les questions en litige

[28] M. DeMaria fait valoir que la Section d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission avait satisfait à son obligation d'équité procédurale. Il soutient qu'il a subi un préjudice en ce qui concerne sa réponse aux allégations formulées contre lui en raison du manque de temps pour préparer ses observations et du refus de la Commission de tenir une audience.

[29] Le défendeur soutient que la Section d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que la Commission s'était acquittée de son obligation d'équité procédurale. M. DeMaria connaissait, avec suffisamment de détails, les allégations portées contre lui et il disposait de suffisamment de temps pour répondre, mais il a choisi de ne pas se pencher sur le fondement des allégations. Par conséquent, il n'était pas nécessaire de tenir une audience.

[30] Lors du contrôle judiciaire, la Cour doit se concentrer sur la décision de la Commission afin de déterminer si elle a violé l'obligation d'équité procédurale à laquelle elle est tenue envers M. DeMaria dans les circonstances en ne fournissant pas de renseignements additionnels sur les allégations, en refusant d'accorder un troisième

not convening an oral hearing to permit Mr. DeMaria to respond to the allegations.

V. The standard of review

[31] There is no disagreement that the issue of whether the applicant was afforded procedural fairness is reviewed on the standard of correctness (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43). If a breach is found, a re-determination is generally required, unless the outcome would be inevitable (*Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202 and *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643).

VI. Did the Parole Board breach its duty of procedural fairness by not providing additional disclosure of the allegations?

The applicant's submissions

[32] Mr. DeMaria submits that the Board erred in concluding that Memo #9 contained sufficient details to allow him to know the case to meet, and the Appeal Board erred in not so finding.

[33] Mr. DeMaria notes that Memo #9 set out many allegations, including that he was implicated in various criminal investigations and activities dating back to 2001. He submits that Memo #9 refers to several other individuals, but lacks details and context with respect to his alleged involvement with these individuals and this lack of detail prevented him from fully responding to the allegations.

[34] Mr. DeMaria argues that he had no way of knowing that the Parole Board would focus and rely on his attendance at two weddings to conclude that he breached his non-association clause and to revoke his parole. He adds that even with respect to the two weddings,

ajournement de l'examen de la libération conditionnelle de M. DeMaria, et en ne tenant pas d'audience pour permettre à M. DeMaria de répondre aux allégations.

V. La norme de contrôle applicable

[31] Il n'y a pas de désaccord sur le principe voulant que la question de savoir si le demandeur a bénéficié de l'équité procédurale doit être examinée selon la norme de la décision correcte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43). Si l'on constate qu'il y a eu un manquement, un nouvel examen est habituellement requis, à moins que le résultat ne soit inévitable (*Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, et *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643).

VI. La Commission des libérations conditionnelles a-t-elle manqué à son obligation d'équité procédurale en ne fournissant pas de renseignements additionnels sur les allégations?

Les observations du demandeur

[32] M. DeMaria fait valoir que la Commission a commis une erreur en concluant que la note n° 9 contenait suffisamment de détails pour lui permettre de connaître la preuve à réfuter, et la Section d'appel a commis une erreur en ne tirant pas cette conclusion.

[33] M. DeMaria souligne que la note n° 9 contenait de nombreuses allégations, notamment qu'il a été impliqué dans plusieurs enquêtes criminelles et activités remontant à 2001. Il soutient que la note n° 9 fait mention de plusieurs autres personnes, mais manque de détails et de contexte relativement à sa prétendue implication avec ces personnes et ce manque de détails l'a empêché d'offrir une réponse complète aux allégations.

[34] M. DeMaria allègue qu'il lui était impossible de savoir que la Commission des libérations conditionnelles mettrait l'accent sur sa présence à deux mariages et invoquerait celle-ci pour conclure qu'il n'avait pas respecté sa condition de non-association et révoquer sa

Memo #9 did not state whether he was observed in proximity or speaking with the named individuals or how he “associated” with these individuals.

[35] He also argues that all the information in Memo #9 was considered by the Board. The Board found that the information, including that which came from several police agencies, to be reliable and persuasive. This was not limited to the two weddings. He submits that he should have been provided with the details of all the allegations.

[36] Mr. DeMaria further submits that the Board applied the incorrect legal test for withholding information. Paragraph 141(4)(b) of the Act exempts the Board from disclosing information that the Board believes, on reasonable grounds, *would* jeopardize the safety of any person, the security of a correctional institution, or the conduct of any lawful investigation. He argues that the Board incorrectly applied a lower threshold—that the information *could* jeopardize the safety of any individual or the conduct of a lawful investigation. He notes that the Parole Board did not address whether it had reasonable grounds to believe any of the three criteria were met. There was no risk of jeopardizing a lawful investigation because all the information in the Memo was historical or “old news” and he was not asking for the names of confidential informants.

The respondent's submissions

[37] The respondent submits that the Board complied with section 141 of the Act. Memo #9 provided a comprehensive summary with sufficient details to permit Mr. DeMaria to respond to the information relied on by the Board. The information that was not disclosed to Mr. DeMaria was not relied on.

libération conditionnelle. Il ajoute que même en ce qui concerne les deux mariages, la note n° 9 n'indiquait pas s'il avait été vu à proximité des personnes désignées ou si on l'avait vu leur parler, et n'indiquait pas la manière dont il était [TRADUCTION] « associé » à ces personnes.

[35] M. DeMaria allègue aussi que tous les renseignements qui figurent dans la note n° 9 ont été pris en compte par la Commission. La Commission a conclu que les renseignements, notamment ceux provenant de plusieurs services de police, étaient fiables et convaincants. Ces renseignements ne portaient pas uniquement sur les deux mariages. Il soutient qu'il aurait dû recevoir des détails sur toutes les allégations.

[36] M. DeMaria soutient également que la Commission a appliqué le mauvais critère juridique en ce qui concerne la dissimulation de renseignements. L'alinéa 141(4)b) de la Loi exempte la Commission de communiquer des renseignements, si elle a des motifs raisonnables de croire que celle-ci mettrait en danger la sécurité d'une personne ou du pénitencier ou compromettrait la tenue d'une enquête licite. Il soutient que la Commission a appliqué un critère moins exigeant; elle s'est demandé si les renseignements pourraient mettre en danger la sécurité d'une personne ou compromettaient la tenue d'une enquête licite. Il souligne que la Commission des libérations conditionnelles ne s'est pas demandé si elle avait des motifs raisonnables de croire que l'un ou l'autre des trois critères avaient été satisfaits. Il n'y avait aucun risque de compromettre la tenue d'une enquête licite parce que tous les renseignements contenus dans la note étaient connus ou constituaient de « vieilles nouvelles » et M. DeMaria ne demandait pas le nom d'informateurs confidentiels.

Les observations du défendeur

[37] Le défendeur soutient que la Commission s'est conformée à l'article 141 de la Loi. La note n° 9 contenait un résumé exhaustif contenant suffisamment de détails pour permettre à M. DeMaria de répondre aux renseignements sur lesquels se fondait la Commission. Celle-ci ne s'est pas fondée sur les renseignements qui n'ont pas été communiqués à M. DeMaria.

[38] The respondent adds that the Board did not err by withholding the SIR because it contained sensitive information provided by confidential informants pertaining to ongoing investigations. In addition, the redacted SIR provided as part of the CTR in April 2016 demonstrates that the summary was very comprehensive.

[39] The Board focused its decision on Mr. DeMaria's attendance at two family weddings and all the relevant details of those events were provided in Memo #9. Although the summary does not state whether he spoke to the particular individuals, this information was within Mr. DeMaria's own knowledge.

[40] The respondent notes that Mr. DeMaria responded to the allegations in Memo #9 at the appeal stage in August 2014, which demonstrates that he had sufficient details. The respondent adds that Mr. DeMaria had the opportunity to make the same submissions to the Board but declined to do so.

The Board did not breach procedural fairness by refusing additional disclosure

[41] The purpose of disclosure is to allow the affected person to know the case to be met and to have the opportunity to respond (*Mymryk v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 632, 382 F.T.R. 8 (*Mymryk*), at paragraphs 16 and 31).

[42] Subsection 141(1) of the Act states that the Board shall provide the offender with information that is to be considered in the review of the case or a summary of that information. In *Gough v. Canada (National Parole Board)*, [1991] 2 F.C. 117 (T.D.) (*Gough*), at page 129, the Court noted that "what is required is enough detail to allow the individual to answer the allegation." In *Mymryk* (at paragraph 17), the Court reiterated that "[f]undamental justice requires the Board to provide the offender with details of the relevant information upon which it will base its decision". The Board stated that the provisions of the Act were complied with and that other information was withheld because its disclosure *could*

[38] Le défendeur ajoute que la Commission n'a pas commis d'erreur en ne communiquant pas le contenu du RRS parce qu'il contenait des renseignements de nature délicate, ayant trait aux enquêtes en cours, fournis par des informateurs confidentiels. De plus, le RRS fourni dans le cadre du DCT en avril 2016 démontre que le résumé était très exhaustif.

[39] La Commission a axé sa décision sur la présence de M. DeMaria à deux mariages dans la famille, et tous les détails pertinents de ces événements ont été fournis dans la note n° 9. Bien que le résumé n'établisse pas si M. DeMaria a parlé aux personnes visées, celui-ci possédait lui-même cette information.

[40] Le défendeur souligne que M. DeMaria a répondu aux allégations contenues dans la note n° 9 à l'étape de l'appel, en août 2014, ce qui démontre qu'il possédait suffisamment de détails. Le défendeur ajoute que M. DeMaria a eu l'occasion de présenter les mêmes observations à la Commission, mais qu'il a refusé de le faire.

La Commission n'a pas manqué à son obligation d'équité procédurale en refusant de communiquer des renseignements additionnels

[41] La divulgation a pour but de permettre à la personne visée d'être informée de la preuve au dossier et d'avoir l'occasion d'y répondre (*Mymryk c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 632 (*Mymryk*), aux paragraphes 16 et 31).

[42] Le paragraphe 141(1) de la Loi énonce que la Commission fait parvenir au délinquant l'information qui doit être étudiée dans l'examen de son cas, ou un résumé de celle-ci. Dans la décision *Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1991] 2 C.F. 117 (1^{re} inst.) (*Gough*), à la page 129, la Cour a souligné qu'« il faut donner à l'individu suffisamment de détails pour lui permettre de répondre aux allégations ». Dans la décision *Mymryk* (au paragraphe 17), la Cour a réitéré que « [l]a justice fondamentale exige que la Commission fournisse au délinquant des renseignements pertinents sur lesquels elle entend faire reposer sa décision ». La Commission a établi que les dispositions

jeopardize the safety of an individual or the conduct of a lawful investigation. Although Mr. DeMaria argues that the Board applied the incorrect test and the lower threshold of “could”, meaning a possibility, rather than “would”, meaning a probability, the Board observed the requirements of subsection 141(1). Although the Board used wording that does not reflect the precise wording of subsection 141(4), a comparison of Memo #9 and the redacted SIR provided as part of the CTR demonstrates that the summary in Memo #9 was comprehensive and provided sufficient details.

[43] Memo #9 set out a wide range of information dating back to 2001, including information about possible TOC associates, Mr. DeMaria’s businesses, his family members’ businesses, law enforcement investigations for fraud, drug trafficking and violent crime involving several other individuals, and other information suggesting that Mr. DeMaria was implicated in some of these investigations. Memo #9 was not limited to Mr. DeMaria’s attendance at two weddings.

[44] At the time that Mr. DeMaria was required to respond to the allegations and when he requested further disclosure between January and June 2014, he was not aware that the Board would base its decision on his attendance at two weddings. However, Memo #9 included sufficient details to permit Mr. DeMaria to respond to all the allegations, not simply those related to the two weddings.

[45] There was no breach of procedural fairness arising from providing only the summary of the relevant information.

de la Loi avaient été respectées et que des renseignements supplémentaires n’ont pas été communiqués parce que cela pouvait compromettre la sécurité d’une personne ou compromettre la tenue d’une enquête licite. Bien que M. DeMaria fasse valoir que la Commission n’a pas appliqué le bon critère et a appliqué un critère moins exigeant (« pouvait compromettre »), c’est-à-dire une possibilité, plutôt qu’un autre critère (« compromettrait »), soit une probabilité, la Commission a établi que les exigences du paragraphe 141(1) avaient été respectées. Même si la Commission a utilisé un libellé qui ne reflète pas la formulation précise du paragraphe 141(4), une comparaison de la note n° 9 et du RRS caviardé faisant partie du DCT démontre que le résumé contenu dans la note n° 9 était exhaustif et fournissait suffisamment de détails.

[43] La note n° 9 contient un grand nombre de renseignements qui remontent à 2001, notamment des renseignements sur les associés possibles du COT, les entreprises de M. DeMaria, les entreprises des membres de sa famille, les enquêtes policières pour fraude, le trafic de stupéfiants et des actes criminels impliquant plusieurs autres personnes, ainsi que d’autres renseignements laissant entendre que M. DeMaria était visé par certaines de ces enquêtes. La note n° 9 ne se limitait pas à la présence de M. DeMaria aux deux mariages.

[44] À cette époque, M. DeMaria devait répondre aux allégations et, lorsqu’il a demandé la divulgation de renseignements additionnels entre janvier et juin 2014, il ne savait pas que la Commission fonderait sa décision sur sa présence aux deux mariages. Cependant, la note n° 9 comprenait suffisamment de détails pour permettre à M. DeMaria de répondre à toutes les allégations, et non simplement à celles relatives aux deux mariages.

[45] Le fait de ne divulguer qu’un résumé des renseignements pertinents n’entraînait pas un manquement à l’équité procédurale.

VII. Did the Parole Board breach its duty of procedural fairness by refusing to grant a third postponement of Mr. DeMaria's parole review?

The applicant's submissions

[46] Mr. DeMaria submits that, absent a compelling reason to deny his request, the duty of fairness required the Board to grant a third postponement of his parole review. The Board failed to consider the reasons for the postponement and simply concluded that he had had sufficient time to respond to the allegations.

[47] Mr. DeMaria argues that the denial of the postponement thwarted his ability to make comprehensive submissions in response to the numerous allegations set out in Memo #9. As explained in the June 11, 2014 letter from his representative and counsel, Ms. Orkin, the issues were complex, the file to review was voluminous, other legal proceedings (including his *habeas corpus* application) were pending—potentially impacting on his parole review—and all these matters required the attention of his counsel. Ms. Orkin candidly explained that she lacked sufficient time to prepare full submissions due to the competing demands on her time and the difficulty she had in communicating with Mr. DeMaria while he was in custody, noting an ongoing lockdown at the Collins Bay Institution. Even if it were a tactical decision on Mr. DeMaria's part to pursue a *habeas corpus* application for relief not provided in other processes or grievances, he submits that the Board failed to consider the reasons cited to support his need for a postponement.

[48] Mr. DeMaria also notes that the letter from Ms. Orkin proposed two alternatives: (i) postponement until after his *habeas corpus* application was determined or (ii) postponement until September 15, 2014, to permit

VII. En refusant d'autoriser un troisième ajournement de l'examen de la libération conditionnelle de M. DeMaria, la Commission des libérations conditionnelles a-t-elle manqué à l'obligation d'équité procédurale à laquelle elle était tenue?

Les observations du demandeur

[46] M. DeMaria fait valoir qu'en l'absence d'un motif raisonnable pour refuser sa demande, la Commission était tenue d'autoriser un troisième ajournement, compte tenu de l'obligation d'équité. La Commission a omis d'examiner les motifs de l'ajournement et elle a simplement conclu que M. DeMaria disposait de suffisamment de temps pour répondre aux allégations.

[47] M. DeMaria fait valoir que le refus d'ajourner l'examen de sa libération conditionnelle a porté atteinte à sa capacité de présenter des observations complètes en réponse aux nombreuses allégations contenues dans la note n° 9. Comme l'a expliqué sa représentante et avocate, M^{me} Orkin, dans sa lettre du 11 juin 2014, les questions étaient complexes, le dossier à examiner était volumineux, et d'autres procédures judiciaires (notamment sa demande d'*habeas corpus*) étaient en suspens et elles pouvaient avoir une incidence sur l'examen de sa libération conditionnelle, et toutes ces questions exigeaient son attention. M^{me} Orkin a expliqué en toute franchise qu'elle manquait de temps pour préparer des observations complètes, en raison des autres demandes auxquelles elle devait répondre et de la difficulté qu'elle avait à communiquer avec M. DeMaria pendant son incarcération, en raison d'un confinement permanent à l'Établissement de Collins Bay. Même s'il s'agissait d'une décision tactique de la part de M. DeMaria de présenter une demande d'*habeas corpus* à titre de recours non prévu dans d'autres processus ou griefs, il soutient que la Commission a omis d'examiner les motifs à l'appui de sa demande d'ajournement.

[48] M. DeMaria souligne aussi que la lettre de M^{me} Orkin proposait les deux options suivantes : i) un ajournement jusqu'à ce qu'une décision soit rendue à l'égard de sa demande d'*habeas corpus*, ou ii) un

Ms. Orkin to make comprehensive submissions in response to Memo #9.

[49] Mr. DeMaria submits that a balance must be struck between the Board's claimed duty to make a parole review decision expeditiously and its obligation to provide a fair hearing and to consider all the information. Postponing the review did not prejudice the Board, given that Mr. DeMaria remained in custody, but the Board's refusals to provide additional disclosure, to postpone and to hold an oral hearing, prejudiced him.

The respondent's submissions

[50] The respondent submits that the Board has the discretion to postpone or adjourn a review. The Court cannot revisit the reasonable exercise of discretion.

[51] The respondent argues that the denial of the third postponement did not prejudice Mr. DeMaria's right to make full answer and defence. The respondent notes that from the time Mr. DeMaria was provided with Memo #9 he had almost five months to respond to the allegations, but he did not do so. Instead, he raised several questions and pursued other legal proceedings.

[52] The respondent also submits that the reasons advanced for the postponements in February, May, and June changed. Mr. DeMaria based his request for a third postponement on his pending *habeas corpus* application before the Superior Court of Ontario. The Board had no obligation to accommodate the collateral proceeding (*Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560, at pages 571 and 572). Moreover, the Board was aware that the jurisprudence had established that the provincial superior courts do not have jurisdiction to hear this type of *habeas corpus* application because the Act provides a complete procedure for the review of the Parole Board's decision.

ajournement jusqu'au 15 septembre 2014, afin de permettre à M^{me} Orkin de présenter des observations complètes en réponse à la note n° 9.

[49] M. DeMaria soutient qu'un équilibre doit être établi entre l'obligation alléguée de la Commission de rendre rapidement une décision relativement à la libération conditionnelle et son obligation de tenir une audience équitable et d'examiner tous les renseignements. L'ajournement de l'examen ne causait aucun préjudice à la Commission, puisque M. DeMaria demeurerait incarcéré, mais les refus de la Commission de fournir des renseignements additionnels, d'ajourner l'examen de la libération conditionnelle et de tenir une audience a causé un préjudice au demandeur.

Les observations du défendeur

[50] Le défendeur soutient que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire de reporter ou d'ajourner un examen. La Cour ne peut pas réexaminer l'exercice raisonnable de ce pouvoir discrétionnaire.

[51] Le défendeur fait valoir que le refus du troisième ajournement n'a pas porté atteinte au droit de M. DeMaria de présenter une défense pleine et entière. Le défendeur souligne qu'à partir du moment où M. DeMaria a reçu la note n° 9, il disposait de presque cinq mois pour répondre aux allégations, ce qu'il n'a pas fait. Il a plutôt soulevé plusieurs questions et intenté d'autres procédures judiciaires.

[52] Le défendeur soutient également que les motifs soulevés à l'appui des ajournements en février, en mai et en juin ont changé. M. DeMaria a fondé sa demande d'un troisième ajournement sur l'issue de sa demande d'*habeas corpus* présentée à la Cour supérieure de justice de l'Ontario. La Commission n'avait aucune obligation de traiter la procédure incidente (*Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, aux pages 571 et 572). De plus, la Commission savait que la jurisprudence avait établi que les cours supérieures provinciales n'avaient pas compétence pour instruire ce type de demande d'*habeas corpus* parce que la Loi prévoit une procédure complète pour

[53] The respondent argues that the Board had a duty to proceed with the parole review expeditiously.

The Parole Board's decision to deny the postponement together with its refusal to hold an oral hearing resulted in a breach of procedural fairness

[54] Subsection 135(5) of the Act provides that upon referral, the Board *shall* review the case and make a decision “within the period prescribed by the regulations unless, at the offender’s request, the review is adjourned by the Board or is postponed by a member of the Board or by a person designated by the Chairperson by name or position”.

[55] Subsection 163(3) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (the Regulations) states that “unless an adjournment of the review is granted by the Board at the offender’s request, the Board shall render its decision within 90 days after the date of the referral”.

[56] Therefore, the Board is generally required to make its decision within 90 days of the referral, unless the offender requests an adjournment or postponement and the Board exercises its discretion and grants the request.

[57] Although the respondent submits that there is a duty on the Board to make a final determination regarding a parole suspension expeditiously, the Act and the Regulations clearly contemplate requests by an offender for adjournments or postponements.

[58] As the respondent acknowledges, there are no criteria to guide the Board in exercising its discretion to grant a postponement. The Policy Manual at section 11.7 provides some guidance regarding when and

l’examen de la décision de la Commission des libérations conditionnelles.

[53] Le défendeur soutient que la Commission avait l’obligation de procéder à l’examen de la libération conditionnelle avec célérité.

La décision de la Commission des libérations conditionnelles de refuser l’ajournement, ainsi que son refus de tenir une audience a entraîné un manquement à l’équité procédurale

[54] Le paragraphe 135(5) de la Loi prévoit que, une fois saisie du dossier, la Commission l'examine et rend une décision « au cours de la période prévue par règlement, sauf si, à la demande du délinquant, elle lui accorde un ajournement ou un membre de la Commission ou la personne que le président désigne nommément ou par indication de son poste reporte l’examen ».

[55] Le paragraphe 163(3) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (le Règlement) énonce que « à moins qu’elle n’accorde un ajournement de l’examen à la demande du délinquant — la Commission rend sa décision dans les 90 jours suivant la date du renvoi du dossier ».

[56] Par conséquent, la Commission doit habituellement rendre sa décision dans les 90 jours du renvoi du dossier, à moins que le délinquant ne demande l’ajournement ou le report et que la Commission exerce son pouvoir discrétionnaire et accueille la demande.

[57] Même si le défendeur soutient que la Commission a l’obligation de rendre avec célérité une décision finale relativement à une suspension de libération conditionnelle, la Loi et le Règlement établissent clairement que les demandes d’ajournement ou de report faites par un délinquant doivent être prises en compte.

[58] Comme le reconnaît le défendeur, la Commission ne dispose d’aucun critère pour l’orienter dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’octroyer un report. Le Manuel des politiques, à la section 11.7 donne

why an offender may request a postponement, but these are examples only and are not exhaustive.

[59] In addition, at subsection 11.7(9), the Manual provides:

9. When the Board agrees to postpone a detention or post-suspension review, the review must be completed within the timeframes established in the CCRR, unless the offender requests a longer postponement and understands that no release will occur prior to the Board making a final decision.

[60] In the present case, Mr. DeMaria requested a longer postponement and he was well aware that he would not be released prior to any decision.

[61] As with any exercise of discretion, including that conferred by statute, it must be reasonable and respect procedural fairness (*Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, at paragraphs 37–39).

[62] The respondent submits that the reasons cited for the requested adjournments changed over time, and to some extent, this is true. However, the reasons advanced by Ms. Orkin on behalf of Mr. DeMaria were not inconsistent. Moreover, the Board did not address the several reasons cited by Ms. Orkin or the alternatives she proposed. The Board referred only to the pending *habeas corpus* proceeding and concluded that Mr. DeMaria had had ample time to respond to the assertions that led to the parole suspension.

[63] The Board also noted, “[y]our assistants have provided a number of letters on your behalf in which you deny the accuracy of the information provided by police or CSC to the Board”. However, these letters were not submissions in response to Memo #9.

certaines directives quant au moment et à la raison pour laquelle un délinquant peut demander un report, mais il ne s’agit que d’exemples et ceux-ci ne sont pas exhaustifs.

[59] De plus, le paragraphe 11.7(9), du Manuel est ainsi libellée :

9. Lorsque la Commission accepte de reporter un examen de maintien en incarcération ou un examen de postsuspension, cet examen doit être effectué dans les délais prévus par le RSCMLC, sauf si le délinquant demande un report plus long et comprend qu’il ne pourra être mis en liberté tant que la Commission n’aura pas rendu une décision finale.

[60] En l’espèce, M. DeMaria a demandé un report plus long et il savait qu’il ne serait pas libéré avant qu’une décision soit rendue.

[61] Comme c’est le cas pour tout exercice d’un pouvoir discrétionnaire, notamment un pouvoir conféré par la loi, celui-ci doit être raisonnable et respecter l’équité procédurale (*Re:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170, aux paragraphes 37 à 39).

[62] Le défendeur fait valoir que les motifs cités dans les demandes d’ajournement ont changé au fil du temps et, dans une certaine mesure, cela est vrai. Cependant, les motifs soulevés par M^{me} Orkin au nom de M. DeMaria n’étaient pas incohérents. En outre, la Commission n’a pas examiné les divers motifs invoqués par M^{me} Orkin ou les options qu’elle proposait. La Commission ne s’est fondée que sur la procédure d’*habeas corpus* en cours et elle a conclu que M. DeMaria disposait de suffisamment de temps pour répondre aux allégations ayant mené à la suspension de la libération conditionnelle.

[63] La Commission a déclaré ce qui suit [TRADUCTION] « vos assistants ont fourni un certain nombre de lettres en votre nom, dans lesquelles vous niez l’exactitude des renseignements fournis à la Commission par les policiers ou par SCC ». Cependant, ces lettres ne constituaient pas des observations en réponse à la note n° 9.

[64] The Appeal Division found that the Board's decision to not postpone was reasonable given the length of time between Mr. DeMaria's parole suspension and the Board's decision. The Appeal Division noted that Mr. DeMaria's June 17, 2014 submissions were considered by the Board and found that his right to be heard was respected. However, these submissions were limited to procedural fairness issues.

[65] As noted above, Memo #9 included numerous allegations and it was in Mr. DeMaria's interests to respond to all the information and allegations in Memo #9, much of which was quite dated.

[66] There was no prejudice to the Board by postponing the parole review. The respondent's suggestion that the duty to make an expeditious decision on a parole review guards against allegations of unlawful detention is unpersuasive. Mr. DeMaria was in detention when he requested the postponements. He or other applicants would not likely succeed in arguing that their own request to remain in custody until a later date for their parole review could be scheduled constitutes unlawful detention.

[67] On one hand, Mr. DeMaria did have five months (not 212 days as the Appeal Board noted) from the receipt of Memo #9 to make substantive submissions in response. He was granted two postponements. He posed extensive questions to the Board seeking additional information. He also chose to simultaneously pursue collateral proceedings in the Ontario Superior Court. On the other hand, he was not aware that the Board would focus on his attendance at two weddings, rather than on all the allegations which date back more than a decade. He reiterated his requests for further disclosure, postponements, and an oral hearing. His counsel, Ms. Orkin, set out several reasons for the third postponement request, including that the issues were complex, Mr. DeMaria's file

[64] La Section d'appel a conclu que, compte tenu du délai entre la suspension de la libération conditionnelle de M. DeMaria et la décision de la Commission, la décision de la Commission de refuser le report était raisonnable. La Section d'appel a souligné que les observations de M. DeMaria du 17 juin 2014 ont été examinées par la Commission et elle a conclu que son droit d'être entendu avait été respecté. Cependant, ces observations ne portaient que sur les questions d'équité procédurale.

[65] Comme il a été mentionné ci-dessus, la note n° 9 contenait de nombreuses allégations et il était dans l'intérêt de M. DeMaria de donner sa version relativement à tous les renseignements et allégations qui figuraient dans cette note, même si certains d'entre eux n'étaient pas du tout récents.

[66] L'ajournement de l'examen de la libération conditionnelle n'occasionnait aucun préjudice à la Commission. L'hypothèse du défendeur selon laquelle l'obligation de rendre une décision rapidement lors de l'examen de la libération conditionnelle vise à conférer une protection à l'encontre des allégations de détention illicite ne me convainc pas. M. DeMaria était en détention lorsqu'il a présenté les demandes d'ajournement. Lui ou d'autres demandeurs n'auraient probablement pas gain de cause s'ils devaient prétendre que leur propre demande de rester en détention jusqu'à une date ultérieure, en attendant que la date de l'examen de leur libération soit fixée, constitue une détention illicite.

[67] D'un côté, M. DeMaria disposait de cinq mois (et non de 212 jours, comme l'a noté la Section d'appel), à compter de la réception de la note de service n° 9, pour présenter sa version des faits sur le fond. On lui a accordé deux ajournements. Il a posé des questions détaillées à la Commission, car il voulait obtenir des renseignements supplémentaires. Il a aussi choisi d'introduire, de manière simultanée, des instances parallèles devant la Cour supérieure de l'Ontario. D'un autre côté, il ne savait pas que la Commission mettrait l'accent sur sa présence à deux mariages plutôt que sur l'ensemble des allégations qui remontent à plus d'une décennie. Il a réitéré ses demandes de divulgation supplémentaire, d'ajournements et d'audition. Son avocate, M^{me} Orkin, a fait valoir plusieurs

was voluminous, that she had difficulty communicating with him at the Collins Bay Institution, particularly due to an ongoing lockdown, that she was pulled in two directions in terms of preparing documents, and that she needed at least until September to provide submissions to the Board. The Board did not address the several reasons cited in Ms. Orkin's letter or the alternatives she proposed, nor did it identify any possible prejudice to the Board in postponing the parole review given that Mr. DeMaria remained in custody.

[68] Instead, the Board found that Mr. DeMaria had ample time to respond and that Ms. Orkin's previous letters, which the Board found to be denials of the accuracy of the information, were sufficient. However, the letters referred to by the Board posed numerous questions and were not the response to the allegations. The Board was well aware that submissions in response to the allegations had not yet been provided.

[69] Similarly, the Appeal Division's finding that the Board had considered the June 17, 2014 submissions missed the point that these submissions were only on the procedural fairness issues and were not responsive to the allegations.

[70] While the Appeal Division may have erred in finding that the Board reasonably exercised its discretion to refuse the postponement, it is the Board's refusal to postpone the hearing followed by the Board's refusal to convene an oral hearing, as explained below, which resulted in a breach of procedural fairness.

motifs à l'appui de la troisième demande d'ajournement, notamment que les questions étaient complexes, que le dossier de M. DeMaria était volumineux, qu'elle avait de la difficulté à communiquer avec lui à l'Établissement de Collins Bay (surtout en raison d'un confinement), qu'elle était tiraillée entre deux orientations pour ce qui est de la préparation des documents et qu'elle avait besoin de temps, au moins jusqu'au mois de septembre, pour présenter des observations à la Commission. La Commission n'a pas traité de tous les motifs soulevés par M^{me} Orkin dans sa lettre ni des solutions de rechange que cette dernière avait proposées, et elle n'a pas non plus relevé de faits qui pourraient lui porter préjudice si l'examen de la libération conditionnelle devait être ajourné, compte tenu du fait que M. DeMaria restait en détention.

[68] La Commission a plutôt conclu que M. DeMaria disposait d'assez de temps pour présenter une réponse et que les lettres antérieures de M^{me} Orkin, jugées par la Commission comme réfutant l'exactitude des renseignements, étaient suffisantes. Cependant, les lettres auxquelles la Commission a renvoyé soulevaient de nombreuses questions et ne constituaient pas une réponse aux allégations. La Commission était bien au courant que les observations en réponse aux allégations n'avaient pas encore été présentées.

[69] Dans la même veine, la conclusion de la Section d'appel selon laquelle la Commission avait examiné les observations du 17 juin 2014 manquait la cible, en ce sens que ces observations portaient uniquement sur les questions liées à l'équité procédurale et non sur les allégations.

[70] Bien que la Section d'appel puisse avoir commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la Commission a exercé, de manière raisonnable, son pouvoir discrétionnaire de refuser l'ajournement, c'est ce refus, suivi du refus de la Commission d'ordonner la tenue d'une audience, comme il est expliqué ci-dessous, qui a occasionné le manquement à l'équité procédurale.

VIII. Did the Parole Board breach its duty of procedural fairness by not convening an oral hearing to permit Mr. DeMaria to respond to the allegations?

The applicant's submissions

[71] Mr. DeMaria submits that an oral hearing was required because the Board's decision to revoke his parole involved determinations of credibility and significantly affected his liberty.

[72] Mr. DeMaria submits that in *Joly v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1253, 16 C.R. (7th) 377 (*Joly*), at paragraph 79, the Court found that when the review of a parolee's suspension involves issues of credibility and a potentially lengthy period of re-incarceration is at stake, an oral hearing is required. He argues that the same principle should apply to his circumstances.

[73] He submits that Memo #9 made allegations about his credibility. In addition, several of the allegations in Memo #9 were based on the assertions of confidential informants, the reliability and completeness of which should have been tested in an oral hearing.

[74] Mr. DeMaria also notes that subsection 140(2) of the Act, which now gives the Board the discretion to hold oral hearings, rather than requiring an oral hearing for such reviews, was declared unconstitutional by the Quebec Superior Court in *Way v. Parole Board of Canada*, 2014 QCCS 4193, 85 Admin. L.R. (5th) 47 (*Way*).

[75] Mr. DeMaria submits that regardless of the statutory provisions, the common law requires that the Board meet its duty of procedural fairness and that the scope or content of the duty is guided by the factors established in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*). He

VIII. La Commission des libérations conditionnelles a-t-elle contrevenu à son obligation d'agir équitablement en n'ordonnant pas la tenue d'une audience pour permettre à M. DeMaria de donner sa version des faits relativement aux allégations?

Les observations du demandeur

[71] M. DeMaria affirme qu'une audience devait être tenue, parce que la décision de la Commission de révoquer sa libération conditionnelle comportait des conclusions sur sa crédibilité, en plus d'avoir une incidence importante sur sa liberté.

[72] M. DeMaria soutient que, dans la décision *Joly c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1253 (*Joly*), au paragraphe 79, la Cour a conclu qu'une audience doit être tenue lorsque la crédibilité est en jeu lors de l'examen, et qu'une décision défavorable peut entraîner une longue période de réincarcération. Il prétend que ce principe devrait s'appliquer à sa situation.

[73] M. DeMaria fait valoir que la note n° 9 contenait des allégations à propos de sa crédibilité. En outre, plusieurs des allégations contenues dans la note n° 9 étaient fondées sur des déclarations faites par des informateurs confidentiels, déclarations dont la fiabilité et le caractère exhaustif auraient dû être vérifiés dans le cadre d'une audience.

[74] M. DeMaria relève aussi que le paragraphe 140(2) de la Loi, lequel confère dorénavant à la Commission le pouvoir discrétionnaire de tenir des audiences, plutôt qu'elle tienne une audience dans le cas de tels examens, a été déclaré inconstitutionnel par la Cour supérieure du Québec dans la décision *Way c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2014 QCCS 4193 (*Way*).

[75] M. DeMaria soutient que, sans égard aux dispositions de la loi, la common law exige que la Commission s'acquitte de son obligation en ce qui concerne l'équité procédurale, et que la portée de l'obligation est orientée par les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999]

submits that the Board owed him a higher degree of procedural fairness, including an oral hearing.

The respondent's submissions

[76] The respondent notes that subsection 140(2) of the Act gives the Board discretion to conduct an oral hearing and this discretion should not be interfered with lightly (*Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2000 CanLII 16572, 26 Admin. L.R. (3d) 30 (F.C.A.), at paragraph 62; *Xwave Solutions Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2003 FCA 301, 5 Admin. L.R. (4th) 280, at paragraph 13).

[77] The respondent submits that the Appeal Division correctly found that, in accordance with the guidance set out in the Policy Manual, the Board may choose to conduct a hearing based on an assessment of any relevant factor, including the reliability and persuasiveness of the information, incompleteness of the information or an offender's inability to communicate.

[78] The respondent further submits that it falls to the offender to demonstrate to the Board that an oral hearing is required and that Mr. DeMaria did not do so. It was, therefore, reasonable for the Board to conclude that it had all the necessary information before it and to treat the police information as reliable given the absence of contradictory evidence. Mr. DeMaria's strategic decision to not address the substance of the allegations left the Board without any challenge to the completeness or the reliability of the information. Had he made submissions in response to the allegations that challenged the completeness of the information or its reliability, the Board may have held an oral hearing.

[79] The respondent agrees that liberty is an important interest, but submits that it is not dispositive of the need for an oral hearing (*Baker; Suresh v. Canada*

2 R.C.S. 817 (*Baker*). Il soutient que la Commission devait faire preuve d'un important degré d'équité procédurale, notamment en tenant une audience.

Les observations du défendeur

[76] Le défendeur fait remarquer que le paragraphe 140(2) de la Loi confère à la Commission le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience et que la Cour ne devrait pas intervenir à la légère relativement à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire (*Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2000 CanLII 16572 (C.A.F.), au paragraphe 62; *Xwave Solutions Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2003 CAF 301, au paragraphe 13).

[77] Le défendeur soutient que c'est à juste titre que la Section d'appel a conclu que, conformément aux directives énoncées dans le Manuel des politiques, la Commission peut tenir une audience en se fondant uniquement sur une appréciation de n'importe quel facteur pertinent, notamment la crédibilité et la force probante des renseignements, le caractère exhaustif des renseignements ou l'incapacité d'un contrevenant à communiquer.

[78] Le défendeur soutient aussi qu'il incombe au contrevenant de démontrer à la Commission que la tenue d'une audience est nécessaire et que M. DeMaria ne l'avait pas fait. Par conséquent, la conclusion de la Commission selon laquelle elle disposait de tous les renseignements nécessaires, et de considérer les renseignements de la police comme étant fiables, en raison de l'absence de preuve contradictoire, était raisonnable. La décision stratégique de M. DeMaria de ne pas présenter d'observations quant au bien-fondé des allégations a fait en sorte que la Commission ne disposait d'aucune contestation en ce qui concerne le caractère exhaustif et la fiabilité des renseignements. S'il avait présenté des observations en réponse aux allégations pour contester le caractère exhaustif des renseignements ou leur fiabilité, la Commission aurait pu tenir une audience.

[79] Le défendeur prétend que la liberté est un droit important, mais il fait valoir que celui-ci n'est pas déterminant en ce qui concerne la nécessité de tenir une

(*Minister of Citizenship and Immigration*), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*)). The respondent submits that four out of five *Baker* factors demonstrate that procedural fairness did not require an oral hearing in this particular context. The non-judicial character of the Board, the statutory provisions, the Board's ability to choose its own procedure, and the appeal remedies, all point to a more minimal duty of procedural fairness, not requiring an oral hearing.

[80] The respondent notes that Mr. DeMaria's parole suspension was referred to the Board for consideration and a decision, he was advised it would be a paper review, he received a comprehensive summary of the allegations in Memo #9, and he had two postponements at his request. Mr. DeMaria chose not to engage with and respond to the allegations. He made only limited submissions in response, which did not address the substance of the allegations and, as a result, the Board was entitled to rely on the information in Memo #9, which it found to be reliable and persuasive. In this context, the Board met its duty of procedural fairness.

The Parole Board's refusal to hold an oral hearing, following its refusal to postpone the parole review, was procedurally unfair

Credibility and liberty interests were at stake

[81] The decision to revoke Mr. DeMaria's parole engaged his section 7 Charter rights [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]. This, along with other factors, affects the scope of the duty of procedural fairness.

[82] Although Mr. DeMaria is serving a life sentence, he had been granted full parole. There is a marked difference between serving a life sentence in custody and serving that sentence under supervision in the community.

audience (*Baker; Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*)). Le défendeur soutient que quatre des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* démontrent que l'équité procédurale n'exigeait pas la tenue d'une audience en l'espèce. Le statut non judiciaire de la Commission, les dispositions de la Loi, la capacité de la Commission de choisir sa propre procédure, ainsi que les recours en appel indiquent tous que celle-ci est tenue à une obligation d'équité procédurale alléguée et, donc, elle n'est pas obligée de tenir une audience.

[80] Le défendeur fait remarquer que la question de la suspension de la libération conditionnelle de M. DeMaria a été renvoyée à la Commission, pour qu'elle fasse l'objet d'un examen et d'une décision, que ce dernier a été avisé qu'il s'agirait d'un examen de documentation écrite, qu'il avait reçu, dans la note n° 9, un résumé exhaustif des allégations et qu'il a pu, à sa demande, obtenir deux ajournements. M. DeMaria a choisi de ne pas répondre aux allégations. Il a présenté uniquement des observations très limitées, lesquelles ne traitaient pas des allégations sur le fond, et, par conséquent, la Commission avait le droit de se fonder sur les renseignements contenus dans la note n° 9, lesquels, selon elle, étaient fiables et convaincants. Dans ce contexte, la Commission s'est acquittée de son obligation d'équité procédurale.

Le refus de la Commission des libérations conditionnelles de tenir une audience après son refus d'ajourner l'examen de la libération conditionnelle, était inéquitable d'un point de vue procédural

La crédibilité et la liberté étaient en jeu

[81] La décision de révoquer la libération conditionnelle de M. DeMaria mettait en jeu les droits qui lui sont garantis par l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*]. Ce facteur, et d'autres, ont une incidence sur la portée de l'obligation d'équité procédurale.

[82] On a accordé à M. DeMaria une libération conditionnelle complète, et ce, même s'il purge une peine d'emprisonnement à perpétuité. Il y a une grande différence entre le fait de purger une peine à perpétuité

His limited or qualified liberty interests must be considered with this distinction in mind.

[83] In *Hewitt v. National Parole Board*, [1984] 2 F.C. 357 (T.D.), the Court noted (at page 367) that “[t]he applicant still has the right not to have been deprived of his highly qualified liberty — which is parole — except in accordance with the principles of fundamental justice.” In *Gough*, at pages 127 and 128, the Court also addressed the liberty interests of parolees noting:

There is no doubt that the applicant’s liberty is conditional At the same time, there can be little doubt that the applicant’s conditional liberty interest, in this case, is at the high end of the spectrum The applicant is on full parole and has been for many years An individual’s liberty (even the conditional liberty which a parolee enjoys) weighs very heavily in the scales when compared to competing interests.

[84] In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*), the Supreme Court of Canada emphasized that when section 7 [Charter] is engaged and the credibility of the person affected is a central issue, an oral hearing is generally required, noting at pages 213 and 214:

[...] I am of the view that where a serious issue of credibility is involved, fundamental justice requires that credibility be determined on the basis of an oral hearing I find it difficult to conceive of a situation in which compliance with fundamental justice could be achieved by a tribunal making significant findings of credibility solely on the basis of written submissions.

[85] Mr. DeMaria’s credibility was also clearly at issue.

[86] Memo #9 includes a range of information dating back to 2001 about Mr. DeMaria’s connections to

en détention et celui de purger cette peine en supervision dans la collectivité. C’est de ce point de vue qu’il convient d’examiner le droit, limité ou restreint, de M. DeMaria à la liberté.

[83] Dans la décision *Hewitt c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1984] 2 C.F. 357 (1^{er} inst.), la Cour a mentionné (à la page 367) que « [I]e requérant conserve le droit de ne pas être privé de sa liberté très restreinte qu’est la libération conditionnelle si ce n’est en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Dans la décision *Gough*, aux pages 127 et 128, la Cour a aussi mentionné ce qui suit en ce qui a trait au droit à la liberté des personnes en libération conditionnelle :

Il ne fait pas doute que la liberté du requérant est conditionnelle [...] En même temps, on ne doute guère que le droit à la liberté conditionnelle du requérant se trouve, en l’espèce, en tête du spectre [...] Le requérant jouit d’une libération conditionnelle totale, et ce, depuis plusieurs années [...] La liberté d’un individu (même la liberté conditionnelle dont un libéré conditionnel jouit) compte beaucoup par comparaison avec les intérêts en concurrence.

[84] Dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh*), la Cour suprême du Canada a mis l’accent sur le fait que, lorsque les droits garantis par l’article 7 [de la Charte] sont en jeu et que la crédibilité de la personne concernée est une question importante, la tenue d’une audience est généralement nécessaire. La Cour suprême a fait remarquer ce qui suit aux pages 213 et 214 :

[...] Je pense en particulier que, lorsqu’une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d’audition. [...] Je puis difficilement concevoir une situation où un tribunal peut se conformer à la justice fondamentale en tirant, uniquement à partir d’observations écrites, des conclusions importantes en matière de crédibilité.

[85] La crédibilité de M. DeMaria était aussi clairement en cause.

[86] La note n° 9 comprend un éventail de renseignements remontant à 2001 à propos des liens de

organized crime; his business dealings; investigations of other individuals regarding fraud, drug trafficking, and violent crime; along with more recent information. Memo #9 suggests that Mr. DeMaria is linked to these individuals and includes several negative statements about his credibility.

[87] Although the respondent submits that the Board's decision is based exclusively on Mr. DeMaria's breach of the non-association clause at the two weddings, the Board relied on the negative credibility statements in Memo #9 and made its own findings of credibility. The information in Memo #9 went well beyond the two weddings.

[88] Memo #9 made several references to Mr. DeMaria's credibility, including:

- With respect to whether Mr. DeMaria's statement that he did not recall seeing a particular person at the June 2012 wedding and did not report this to his parole officer, the memo states, "this raises concerns about DEMARIA's credibility and reliability in following his conditions".
- With respect to information dating back to 2003 and his contact with Mr. Cortese, which Mr. DeMaria stated may have been at an earlier wedding (characterized as a historical breach), the memo states, "[a]gain, this raises concerns about DEMARIA's credibility and his inability to be forthright".
- With respect to other historical information, including alleged contacts with other individuals and Mr. DeMaria's business dealings, the memo states, "DEMARIA has clearly not been forthright with his CMT ... DEMARIA's credibility and

M. DeMaria avec le crime organisé; ses tractations d'affaires; les enquêtes sur d'autres personnes au sujet de fraude, de trafic de stupéfiants et de crimes violents, ainsi que des renseignements plus récents. La note n° 9 donne à penser que M. DeMaria est lié à ces personnes et elle contient plusieurs énoncés défavorables à propos de sa crédibilité.

[87] Bien que le défendeur soutienne que la décision de la Commission repose exclusivement sur le fait que M. DeMaria a contrevenu à la clause de non-association lors de deux mariages, la Commission s'est fondée sur les énoncés défavorables en matière de crédibilité contenus dans la note n° 9, et elle a tiré ses propres conclusions en matière de crédibilité. La note n° 9 contenait des renseignements qui allaient bien au-delà des deux mariages.

[88] La note n° 9 abordait à plusieurs reprises la question de la crédibilité de M. DeMaria. Elle mentionne notamment ce qui suit :

- En ce qui concerne la déclaration de M. DeMaria, selon laquelle il ne se souvenait pas avoir vu une personne en particulier au mariage de juin 2012, et ne l'avait donc pas signalé à son agent de libération conditionnelle, la note mentionne ce qui suit : [TRADUCTION] « cela soulève des préoccupations à propos de la crédibilité de DEMARIA et de sa fiabilité en ce qui a trait au respect des conditions qui lui ont été imposées ».
- En ce qui concerne les renseignements remontant à 2003 et son contact avec M. Cortese, au sujet duquel M. DeMaria a déclaré qu'il pouvait avoir été présent à un mariage précédent (décrit comme une ancienne violation), la note mentionne [TRADUCTION] « une fois de plus, cela soulève des préoccupations à propos de la crédibilité de DEMARIA et de son incapacité à dire la vérité ».
- En ce qui concerne les autres renseignements antérieurs, y compris les contacts allégués avec d'autres personnes et les affaires de M. DeMaria, la note mentionne que [TRADUCTION] « DEMARIA n'a clairement pas été franc avec son EGC [...] La

reliability in following his conditions and reporting information to his CMT as required is questionable”. In addition, “this historical information affirms the CMT’s concern about the questionable credibility of DEMARIA”.

- With respect to the fraud investigation of other individuals in 2003, the memo notes that “receipt of deposits resulting from an insurance fraud ... represents further concerns about DEMARIA’s credibility”. With respect to a 2008 fraud investigation, again of other individuals, the memo adds that Mr. DeMaria’s connection to these individuals is not likely a coincidence, “which again raises the issue of DEMARIA’s questionable activities and overall credibility”.
- In the conclusion, the memo notes, “[t]he information provided by all sources presents a concerning pattern of DEMARIA being elusive and lacking credibility as there are too many inconsistencies between his self-reports and collateral information to consider them just coincidences ... the CMT believes that ... DEMARIA regularly demonstrates a lack of honesty and openness about his associations and activities, both historically and currently”.

[89] Although the respondent submits that *Joly* is distinguishable and that Justice Diner’s summary of the common law with respect to oral hearings and procedural fairness in the context of a parole revocation decision is *obiter*, *Joly* is based on the principles previously established in the jurisprudence.

crédibilité de DEMARIA et la fiabilité de sa déclaration pour ce qui est de respecter ses conditions et de rapporter des renseignements à son EGC, au besoin, sont douteuses ». En outre [TRADUCTION] « les renseignements antérieurs confirment les préoccupations de l’EGC à propos du caractère douteux de la crédibilité de DEMARIA ».

- En ce qui a trait à l’enquête pour fraude visant d’autres personnes et qui a eu lieu en 2003, la note mentionne que [TRADUCTION] « les reçus de dépôt découlant d’une fraude d’assurance [...] représentent d’autres préoccupations à propos de la crédibilité de DEMARIA ». En ce qui concerne une enquête pour fraude qui a eu lieu en 2008, laquelle visait également d’autres personnes, la note mentionne que les liens de M. DeMaria avec ces personnes ne sont probablement pas une coïncidence [TRADUCTION] « ce qui soulève une fois de plus la question des activités douteuses de DEMARIA ainsi que de sa crédibilité en général ».
- Dans la conclusion, la note mentionne que [TRADUCTION] « les renseignements fournis par toutes les sources présentent une tendance préoccupante, à savoir que DEMARIA est cachottier et qu’il manque de crédibilité, puisqu’il y a beaucoup d’incompatibilités entre les rapports qu’il a lui-même rédigés et les renseignements collatéraux pour que ces incompatibilités soient considérées comme uniquement des coïncidences [...] l’EGC croit que [...] DEMARIA fait régulièrement montre d’un manque d’honnêteté et de transparence à propos de ses liens et de ses activités, autant antérieures qu’actuelles ».

[89] Bien que le défendeur soutienne que la décision *Joly* ne s’applique pas en l’espèce et que le résumé de la common law fait par le juge Diner en ce qui a trait aux audiences et à l’équité procédurale dans le contexte d’une décision relative à la révocation de la libération conditionnelle constitue une remarque incidente, la décision *Joly* est fondée sur les principes qui ont été établis par la jurisprudence antérieure.

[90] Justice Diner found that the Board breached its duty of procedural fairness by not convening an oral hearing. The facts differ from the present case in that Mr. Joly's parole review had commenced before the Act was amended to remove the requirement to convene an oral hearing and to give the Board discretion to convene an oral hearing. The determinative issue in *Joly* was the application of the transitional provisions of the Act, which entitled Mr. Joly to an oral hearing.

[91] Justice Diner went on to find that Mr. Joly's rights to procedural fairness were also breached under the common law. Although this is an alternative finding, Justice Diner's summary of the common law, including his analysis of *Singh, Suresh, Baker and Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 is sound. That jurisprudence continues to guide the determination of the duty of procedural fairness owed to offenders in similar circumstances.

[92] At paragraph 79, Justice Diner stated:

When credibility is at issue, as it is here, and a negative determination carries the consequence of a significant period of re-incarceration, procedural fairness should, at the very least, provide the Applicant with an opportunity to relay his side of the story. [Emphasis added.]

[93] Contrary to Mr. DeMaria's submission, Justice Diner's statement does not go so far as to establish that an oral hearing must be held where credibility and incarceration are at issue, only that an opportunity to "relay his side of the story" should be provided. This reflects the prevailing jurisprudence. Justice Diner found in the context of the case before him—noting that Mr. Joly did not make written submissions and expected that an oral hearing would be held—that an oral hearing was required to provide Mr. Joly with an opportunity to relay his side of the story.

[90] Le juge Diner a conclu que la Commission avait manqué à son obligation relative à l'équité procédurale en ne tenant pas une audience. Les faits étaient différents de ceux de la présente affaire, en ce sens que l'examen de la libération conditionnelle de M. Joly avait commencé avant que la Loi soit modifiée pour supprimer l'exigence de tenir une audience et pour conférer à la Commission le pouvoir discrétionnaire de faire une telle chose. La question déterminante dans la décision *Joly* était l'application des dispositions transitoires de la Loi, lesquelles donnaient à M. Joly le droit à une audience.

[91] Le juge Diner a ensuite conclu que les droits de M. Joly relatifs à l'équité procédurale ont aussi été violés au regard de la common law. Bien qu'il s'agisse d'une conclusion subsidiaire, le résumé du juge Diner de la common law, notamment son analyse des arrêts *Singh, Suresh, Baker et Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, est raisonnable. Ces précédents continuent d'orienter la décision quant à la question de l'équité procédurale dont il convient de faire preuve envers les contrevenants dans des circonstances similaires.

[92] Au paragraphe 79, le juge Diner a déclaré ce qui suit :

Lorsque la crédibilité est en jeu, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'une décision défavorable débouche sur une longue période de réincarcération, le demandeur devrait à tout le moins avoir l'occasion de faire entendre sa version des faits en vertu du principe de l'équité procédurale. [Non souligné dans l'original.]

[93] Contrairement à ce que M. DeMaria a fait valoir dans son observation, le juge Diner, dans sa déclaration, ne va pas aussi loin que de dire qu'il faut tenir une audience dans les cas où la crédibilité et l'incarcération sont en jeu; il ne fait que dire que « l'occasion de faire entendre sa version des faits » doit lui être donnée. Cela reflète la jurisprudence prédominante. Le juge Diner a conclu, dans le contexte de la preuve dont il disposait, que la tenue d'une audience était nécessaire pour que M. Joly puisse faire entendre sa version des faits, et il a fait remarquer que M. Joly n'avait pas présenté d'observations écrites et qu'il s'attendait à ce qu'une audience soit tenue.

[94] Mr. DeMaria faced further incarceration of a potentially indefinite duration and his credibility was challenged. The issue is whether the Board provided him with the opportunity to relay his side of the story.

The statutory provision

[95] Subsection 140(2) states only that the Board “may elect” to conduct the review “by way of a hearing in any case not referred to in subsection (1).” The Appeal Division cited subsection 11.1(5) of the Policy Manual and found that it was reasonable for the Board to conclude it had all the information to conduct the review.

[96] Subsection 11.1(5) provides:

5. In cases where a hearing is not required by law, Board members may choose to conduct a review by way of a hearing, pursuant to subsection 140(2) of the CCRA, where they believe, under the specific circumstances of the case, that a hearing is required to clarify relevant aspects of the case. This may include where:

- a. the reliability and persuasiveness of the information being considered cannot be assessed on a file review;
- b. there is incomplete or discordant information on file, of relevance to the review, that could be clarified at a hearing; or
- c. information on file indicates that the offender has difficulties (cognitive, mental health, physical or other) that prevent them from communicating effectively in writing.

[97] The same Manual provides at subsection 11.1(2) that its purpose is “[t]o provide guidance to Board members on conducting quality hearings, *while complying with the duty to act fairly* and adhering to legislation, case law and policy” (emphasis added).

[98] The respondent submits that Mr. DeMaria did not establish that an oral hearing should be held. However,

[94] M. DeMaria était exposé à être de nouveau incarcéré, possiblement pour une période indéfinie, et sa crédibilité était contestée. La question est de savoir si la Commission lui a donné l’occasion de faire entendre sa version des faits.

La disposition de la Loi

[95] Le paragraphe 140(2) prévoit uniquement que la Commission « peut décider » de tenir « une audience dans les autres cas non visés au paragraphe (1) ». La Section d’appel a invoqué le paragraphe 11.1(5) du Manuel des politiques et elle a conclu qu’il était raisonnable, de la part de la Commission, de conclure qu’elle disposait de tous les renseignements pour procéder à l’examen.

[96] Le paragraphe 11.1(5) prévoit ce qui suit :

5. Dans les cas où la loi n’exige pas la tenue d’une audience, la Commission peut décider d’effectuer un examen par voie d’audience, en vertu du paragraphe 140(2) de la LSCMLC, s’ils estiment, dans les circonstances particulières du cas, qu’il faut tenir une audience pour clarifier des aspects pertinents du cas. Cela peut comprendre, notamment, les situations où :

- a. le caractère sûr et convaincant des renseignements examinés ne peut être évalué au moyen d’une étude du dossier;
- b. le dossier comprend des renseignements incomplets ou discordants qui sont pertinents à l’examen du cas et qui pourraient être clarifiés lors d’une audience;
- c. les renseignements au dossier indiquent que le délinquant a des problèmes (cognitifs, de santé mentale, physiques ou autres), qui empêchent de communiquer efficacement par écrit.

[97] Le même Manuel prévoit, au paragraphe 11.1(2), que son objet est de « [g]uider les commissaires à tenir des audiences de qualité, tout en respectant l’obligation d’agir équitablement et en se conformant à la loi, à la jurisprudence et aux politiques applicables » (non souligné dans l’original).

[98] Le défendeur soutient que M. DeMaria n’avait pas établi qu’une audience aurait dû être tenue. Cependant,

nothing in the Act, the Regulations or the Policy Manual suggests that it is up to the offender to establish or persuade the Board that a hearing should be held. The Policy Manual refers to “where a hearing is not required by law” and, as such, acknowledges that a hearing may be required by subsection 140(1), other statutory provisions or by the common law. Despite that subsection 140(2) provides the discretion to hold an oral hearing—and in the present circumstances there is no dispute that Mr. DeMaria’s review falls within subsection 140(2)—there were several factors pointing to the need for an oral hearing, in addition to the guidance in the Policy Manual.

The common law duty of procedural fairness

[99] In *Baker*, above, the Supreme Court of Canada established that the duty of procedural fairness varies depending on the context.

[100] Justice L’Heureux-Dubé provided a non-exhaustive list of factors and emphasized that the scope or content of the duty of procedural fairness must be determined in the specific context of each case. Justice L’Heureux-Dubé reiterated that procedural fairness is based on the principle that individuals affected by decisions should have the opportunity to present their case and to have decisions affecting their rights and interests made in a fair and impartial and open process “appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision” (*Baker*, at paragraph 28).

[101] The factors include the nature of the decision, the nature of the statutory scheme, the importance of the decision to the person affected, the legitimate expectations of that person and the choice of procedure made by the decision maker.

[102] With respect to the nature of the decision and the process followed in making it, *Baker* guides that the more the process resembles judicial decision making,

aucune disposition de la Loi, du Règlement ou du Manuel des politiques ne donne à penser que le contrevenant doit établir qu’une audience doit être tenue ou convaincre la Commission en ce sens. Le Manuel des politiques mentionne que « la loi [...] n’exig[e] pas la tenue d’une audience »; il reconnaît donc que la tenue d’une audience peut être obligatoire par application du paragraphe 140(1), d’autres dispositions législatives ou de la common law. Malgré que le paragraphe 140(2) confère au décideur le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience — et, en l’espèce, il n’est pas contesté que l’examen visant M. DeMaria relève du paragraphe 140(2) — plusieurs facteurs, en plus des orientations fournies par le Manuel des politiques, indiquaient qu’il était nécessaire de tenir une audience.

L’obligation d’équité procédurale prévue dans la common law

[99] Dans l’arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême du Canada a établi que l’obligation d’équité procédurale varie selon le contexte.

[100] La juge L’Heureux-Dubé a énoncé une liste non exhaustive de facteurs et elle a mis l’accent sur le fait que la portée de l’obligation d’équité procédurale doit être établie selon le contexte propre de chaque situation. La juge L’Heureux-Dubé a réitéré que l’équité procédurale est fondée sur le principe selon lequel les personnes touchées par des décisions doivent avoir la possibilité de faire valoir leur position et que ces personnes ont droit à ce que les décisions ayant une incidence sur leurs droits et intérêts soient prises à la suite d’un processus équitable, impartial et transparent, « adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision » (*Baker*, au paragraphe 28).

[101] Les facteurs en question comprennent la nature de la décision, la nature du régime législatif, l’importance de la décision pour la personne visée, les attentes légitimes de cette personne et le choix de procédure du décideur.

[102] En ce qui concerne la nature de la décision et le processus adopté pour la prendre, l’arrêt *Baker* énonce que, plus le processus prévu ressemble à une

the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required (*Baker*, at paragraph 23). Although the process followed by the Board in making parole decisions is more inquisitorial than adversarial, the Board must assess and determine the weight to attach to the evidence before it, and this often involves assessments of credibility. In this case, the Board noted Mr. DeMaria's denials, but did not wait for his full submissions. Nonetheless, the Board made adverse credibility findings, relying on only documentary evidence.

[103] With respect to the nature of the statutory scheme, greater procedural protections will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted (*Baker*, at paragraph 24). In the present case, the Act provides for an appeal of a Parole Board decision. In addition, the decision of the Appeal Division may be the subject of an application for judicial review to this Court.

[104] The importance of a decision to the individuals affected is a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness. The more important the decision and the greater the impact on the persons affected, the greater the procedural protections required (*Baker*, at paragraph 25). The decision to revoke parole is of significant importance. As noted above, this is the difference between living in the community with conditions while still serving a life sentence and remaining in custody awaiting a possible future opportunity to have parole considered. Revocation of parole may also negatively impact any future applications for parole.

[105] The legitimate expectations of the person challenging the decision also affect what procedures the

prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès (*Baker*, au paragraphe 23). Même si le processus adopté par la Commission dans les décisions relatives aux libérations conditionnelles est davantage inquisitoire que contradictoire, elle doit apprécier et pondérer la preuve dont elle dispose, et cela nécessite souvent des appréciations de crédibilité. En l'espèce, la Commission a pris acte des réfutations de M. DeMaria, mais elle n'a pas attendu qu'il lui transmette ses observations complètes. Néanmoins, la Commission a tiré des conclusions défavorables en matière de crédibilité en se fondant uniquement sur la preuve documentaire.

[103] En ce qui concerne la nature du régime législatif, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes (*Baker*, au paragraphe 24). En l'espèce, la Loi prévoit le droit d'interjeter un appel à l'encontre de la décision de la Commission des libérations conditionnelles. En outre, la décision de la Section d'appel peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire à la Cour.

[104] L'importance de la décision pour les personnes visées est un facteur important qui a une incidence sur la teneur de l'obligation d'équité procédurale. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses (*Baker*, au paragraphe 25). La décision de révoquer une libération conditionnelle est d'une grande importance. Comme il a été mentionné ci-dessus, c'est la différence entre vivre dans la collectivité, sous réserve de conditions, tout en purgeant une peine de prison à perpétuité, et rester en détention en attendant une possibilité que la demande de libération conditionnelle soit examinée. La révocation de la libération conditionnelle peut aussi avoir une incidence défavorable sur toute demande de libération conditionnelle présentée par la suite.

[105] Les attentes légitimes d'une personne qui conteste la décision ont aussi une incidence sur ce que l'obliga-

duty of fairness requires in given circumstances. If the person has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, the duty of fairness requires that procedure (*Baker*, at paragraph 26). Mr. DeMaria requested an oral hearing as early as January 2012, but the Board clearly communicated in February 2012 that the review would proceed on the basis of written material.

[106] *Baker* also guides that the choice of procedure made by the decision-maker should be taken into account and respected, particularly when the statute leaves it to the decision maker to choose its own procedure, or when it has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances (*Baker*, at paragraph 27). Subsection 140(2) gives the Board discretion to determine whether to hold an oral hearing, unless a hearing is mandated, but does not include any criteria. The Policy Manual provides some guidance, and also reminds Board members of the duty to act fairly.

[107] The respondent submits that four of five *Baker* factors support the view that the Board met the duty of procedural fairness owed in the overall context and that an oral hearing was not required. In my view, three of five factors support a higher degree of procedural fairness. Regardless, the scope of the duty of procedural fairness is not determined based on a tally of the favourable *Baker* factors. The factors are not exhaustive and some factors attract more weight than others. The *Baker* factors guide decision makers about the scope or content of the duty of procedural fairness; i.e., what measures are called for to respect the principle that the person affected “should have the opportunity to present their case fully and fairly” (*Baker*, at paragraph 28).

[108] In the present case, the nature of the decision and the manner in which the Board makes its decisions, coupled with the importance of the decision to Mr. DeMaria, supports the need for more than the minimum level of procedural fairness.

tion d'équité exige dans des circonstances données. Si la personne s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure (*Baker*, au paragraphe 26). M. DeMaria demandait la tenue d'une audience dès janvier 2012, mais la Commission lui a clairement communiqué, en février 2012, que l'examen aurait lieu sur foi des documents écrits.

[106] L'arrêt *Baker* énonce aussi que le choix de la procédure adoptée par le décideur devrait aussi être pris en compte et respecté, surtout quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand celui-ci a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances (*Baker*, au paragraphe 27). Le paragraphe 140(2) de la Loi confère à la Commission le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience, à moins que celle-ci ne soit obligatoire, mais il ne contient aucun critère. Le Manuel des politiques donne certaines directives et rappelle aussi aux membres de la Commission qu'ils ont le devoir d'agir équitablement.

[107] Le défendeur soutient que quatre des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* appuient l'argument selon lequel la Commission s'est acquittée de son obligation relative à l'équité procédurale dans le contexte global et qu'il n'était pas nécessaire de tenir une audience. Je suis d'avis que trois des cinq facteurs appuient un degré plus élevé d'équité procédurale. Néanmoins, la portée de l'obligation d'équité procédurale n'est pas déterminée en fonction d'un décompte des facteurs favorables de l'arrêt *Baker*. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive de facteurs et certains d'entre eux peuvent se voir accorder un poids plus important que les autres. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* orientent les décideurs à propos de la portée et de la teneur de l'obligation d'équité procédurale, c.-à-d. quelles mesures doivent être prises pour respecter le principe selon lequel les personnes visées « doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position » (*Baker*, au paragraphe 28).

[108] En l'espèce, la nature de la décision et la manière avec laquelle la Commission rend ses décisions, conjuguées avec l'importance de la décision pour M. DeMaria, exigent que le principe d'équité procédurale soit appliqué avec plus de rigueur que le minimum prévu.

[109] In some contexts, the duty of fairness may be satisfied by way of a full and complete written hearing (*Baker*, at paragraphs 33 and 34), even when Charter rights are engaged (*Singh*, at page 213).

[110] The Board may have satisfied its duty of procedural fairness without holding an oral hearing if it had granted Mr. DeMaria's request to postpone his parole review and Mr. DeMaria had subsequently provided more comprehensive written submissions in response to the numerous allegations, rather than limited submissions on the procedural fairness issues. As noted by the respondent, Mr. DeMaria's written submissions along with his own affidavit were submitted to the Appeal Division in August 2014, and responded to the substance of most of the allegations. However, the Parole Board had refused the third request for a postponement to permit such submissions two months previously. The Appeal Division considered the appeal, which was based on a breach of procedural fairness, only on the basis of the information on the record before the Board. The refusal of the Board on June 13, 2014, to postpone the review for the third time is, therefore, an important part of the relevant context that informs the scope of the duty of procedural fairness and whether an oral hearing was required.

[111] The relevant context also includes that Mr. DeMaria's liberty interests were at stake, his credibility was impugned, and he faced numerous allegations, which he believed he should respond to. As noted, he was not aware that the Board would base its decision on his attendance at two weddings.

[112] In the circumstances, following the refusal of the third postponement request, an oral hearing should have been provided to permit Mr. DeMaria to respond to the allegations and to address the credibility findings in Memo #9. Alternatively, if a postponement had been

[109] Dans certains contextes, le décideur peut s'acquitter de son obligation d'agir équitablement en instruisant, de manière pleine et entière, une affaire par écrit (*Baker*, aux paragraphes 33 et 34), et ce, même lorsque les droits garantis par la Charte sont en jeu (*Singh*, à la page 213).

[110] La Commission aurait pu s'acquitter de son obligation relative à l'équité procédurale sans tenir une audience si elle avait fait droit à la demande de M. DeMaria d'ajourner l'examen de sa libération conditionnelle et que M. DeMaria avait par la suite présenté des observations écrites plus détaillées en réponse aux nombreuses allégations, plutôt que des observations ne portant que sur des questions relatives à l'équité procédurale. Comme l'a fait remarquer le défendeur, les observations écrites de M. DeMaria, ainsi que son affidavit, ont été présentées à la Section d'appel en août 2014, et celles-ci traitaient de la substance de la plupart des allégations. Cependant, la Commission des libérations conditionnelles avait refusé, deux mois auparavant, la troisième demande d'ajournement, laquelle visait la présentation de ces observations. La Section d'appel a examiné l'appel, lequel reposait sur le manquement à l'équité procédurale, en se fondant uniquement sur les renseignements figurant dans le dossier dont disposait la Commission. Le refus de la Commission daté du 13 juin 2014 d'ajourner l'examen pour une troisième fois constitue donc une partie importante du contexte pertinent qui détermine la portée de l'obligation d'équité procédurale ainsi que la question de savoir si la tenue d'une audience était nécessaire.

[111] Le fait que la liberté de M. DeMaria était en jeu, que sa crédibilité était attaquée et qu'il faisait l'objet de nombreuses allégations, à l'égard desquelles il croyait qu'il devait donner sa version des faits, sont tous des éléments qui composent ce contexte pertinent. Comme il a été mentionné, M. DeMaria ne savait pas que la Commission fonderait sa décision sur sa présence à deux mariages.

[112] Dans les circonstances, après le refus de la troisième demande d'ajournement, une audience aurait dû être tenue pour permettre à M. DeMaria de répondre aux allégations et de traiter des conclusions en matière de crédibilité figurant dans la note n° 9. Subsidiairement, si

granted for some reasonable period of time to permit Mr. DeMaria to provide his submissions in response to Memo #9 before the Board made findings regarding his credibility and the reliability and persuasiveness of the information, an oral hearing may not have been required to meet the duty of procedural fairness. As noted, the duty of procedural fairness varies with the context and if the postponement had been granted, the context would have been different.

[113] In the circumstances of this case, the Appeal Board erred in finding that the Board had met its duty of procedural fairness.

Constitutionality

[114] The constitutionality of section 140 is not the issue in the present case.

[115] In *Way*, above, the Quebec Superior Court found that amendments to paragraph 140(1)(d) of the Act, which removed the right to an oral hearing in some circumstances, violated section 7 of the Charter and cannot be saved by section 1. The Quebec Court of Appeal upheld this decision (*Canada (Procureur général) c. Way*, 2015 QCCA 1576). Leave to appeal has been granted by the Supreme Court of Canada [[2016] 1 S.C.R. xvi] and will be heard in the new year. That determination may clarify whether hearings shall be held in all or more circumstances. However, Mr. DeMaria's application is granted on the basis of the breach of procedural fairness.

IX. Conclusion

[116] The application for judicial review is granted. The Appeal Division erred in finding that the Parole Board met its duty of procedural fairness in the particular circumstances of this case. As a result, a differently constituted panel of the Parole Board shall re-determine

un ajournement avait été accordé pour une période raisonnable en vue de permettre à M. DeMaria de présenter ses observations en réponse à la note n° 9 avant que la Commission eût tiré ses conclusions au sujet de sa crédibilité et de la fiabilité et du caractère convaincant des renseignements, la Commission n'aurait peut-être pas eu à tenir une audience pour s'acquitter de ses obligations en matière d'équité procédurale. Comme il a été mentionné, l'obligation d'équité procédurale varie en fonction du contexte, et si l'ajournement avait été accordé, le contexte aurait été différent.

[113] Dans les circonstances de la présente affaire, la Section d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la Commission s'était acquittée de son obligation en matière d'équité procédurale.

La validité constitutionnelle

[114] La validité constitutionnelle de l'article 140 n'est pas en litige dans la présente affaire.

[115] Dans la décision *Way*, précitée, la Cour supérieure du Québec a conclu que les modifications apportées à l'alinéa 140(1)d de la Loi, qui supprimaient le droit à une audience dans certaines circonstances, violaient les droits garantis à l'article 7 de la Charte et que cette violation n'était pas justifiée au titre de l'article premier. La Cour d'appel du Québec a confirmé cette décision (*Canada (Procureur général) c. Way*, 2015 QCCA 1576). La Cour suprême du Canada a accueilli une demande d'autorisation de pourvoi [[2016] 1 R.C.S. xvi] et ce pourvoi sera instruit l'an prochain. Le jugement de la Cour suprême du Canada quant à cette affaire pourrait préciser si les audiences doivent être tenues dans davantage de circonstances ou dans toutes les circonstances. Cependant, la demande de M. DeMaria est accueillie, parce qu'il y a eu violation de l'équité procédurale.

IX. Conclusion

[116] La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La Section d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission des libérations conditionnelles s'était acquittée de son obligation en matière d'équité procédurale dans la situation bien précise de l'espèce.

whether Mr. DeMaria's parole should be revoked after providing Mr. DeMaria with a reasonable opportunity to make written submissions in response to Memo #9 and/or following an oral hearing.

[117] This is not a situation where it can be found that the decision to revoke Mr. DeMaria's parole would be inevitable but for the breach of procedural fairness, nor did the respondent argue that this was so.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

The application for judicial review is allowed.

A differently constituted panel of the Parole Board shall re-determine Mr. DeMaria's parole review in accordance with these reasons.

Par conséquent, un tribunal différemment constitué de la Commission des libérations conditionnelles devra décider à nouveau si la libération conditionnelle de M. DeMaria devrait être révoquée, après qu'elle lui eut donné une possibilité raisonnable de présenter des observations écrites en réponse à la note n° 9 et/ou à la suite d'une audience.

[117] Il ne s'agit pas d'une situation où la Cour peut conclure que, en l'absence du manquement à l'équité procédurale, la décision de révoquer la libération conditionnelle de M. DeMaria serait inévitable, et le défendeur n'a pas soulevé un tel argument.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

Un tribunal différemment constitué de la Commission des libérations conditionnelles devra rendre une nouvelle décision concernant l'examen de la libération conditionnelle de M. DeMaria, conformément aux présents motifs.

T-2044-15
2017 FC 23

T-2044-15
2017 CF 23

De Wolf Maritime Safety B.V. (Plaintiff)

De Wolf Maritime Safety B.V. (demanderesse)

v.

c.

Traffic-Tech International Inc. (Defendant (moving party))

Traffic-Tech International Inc. (défenderesse (requérante))

INDEXED AS: DE WOLF MARITIME SAFETY B.V. v. TRAFFIC-TECH INTERNATIONAL INC.

RÉPERTORIÉ : DE WOLF MARITIME SAFETY B.V. c. TRAFFIC-TECH INTERNATIONAL INC.

Federal Court, St-Louis J.—Montréal, November 23, 2016; Ottawa, January 11, 2017.

Cour fédérale, juge St-Louis—Montréal, 23 novembre 2016; Ottawa, 11 janvier 2017.

Maritime Law — Carriage of Goods — Motion by defendant for preliminary determination of questions of law pursuant to Federal Courts Rules, r. 220(1)(a) — Container stored on deck carrying plaintiff's shipment, lost overboard during voyage — Bill of lading issued by defendant not declaring that container to be carried "on deck" — Plaintiff claiming, inter alia, that defendant failing to carry cargo under deck, not entitled to invoke immunities or limitations provided for in Hague-Visby Rules — Whether undeclared on-deck carriage of cargo preventing defendant from relying on Hague-Visby Rules; if not, what were applicable limitations — Defendant may rely on Hague-Visby Rules — Cargo not "goods" as defined in Hague-Visby Rules, Art. I(c) if carried on deck, stated in contract of carriage as being so carried — Hague-Visby Rules applying to cargo carried under deck while bill of lading stating that cargo carried on deck, vice versa — Here, bill of lading not mentioning on-deck carriage, that goods were carried on deck — As one of these two conditions not met, cargo not excluded from definition of "goods" — Hague-Visby Rules, Art. IV(5)(a) limitation of liability "in any event" applying herein — Words "in any event" meaning "in every case", encompassing case at bar — Nothing in Art. IV(5)(a) suggesting words "in any event" referring to events listed under Hague-Visby Rules, Art. IV(2) — Hague-Visby Rules, Art. IV(5)(e) only exception to limitation rule in Art. IV(5)(a) — However, Art. IV(5)(e) not in play herein as no evidence of bad faith by defendant tendered — Interpreting words "in any event" as "in every case" compatible with exclusion of doctrine of fundamental breach.

Droit maritime — Transport de marchandises — Requête de la défenderesse en vue d'une décision préliminaire sur des points de droit déposée en application de l'art. 220(1)a des Règles des Cours fédérales — Le conteneur transporté en pontée renfermant la cargaison de la demanderesse a été perdu en mer durant le voyage — Le connaissement émis par la défenderesse ne mentionnait pas le transport en pontée — La demanderesse a prétendu entre autres que la défenderesse a omis de transporter sa cargaison dans la cale et qu'elle n'est pas autorisée à invoquer les exonérations ou limitations prévues par les règles de La Haye-Visby — Il s'agissait de savoir si le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissement de la défenderesse empêchait la défenderesse d'invoquer les règles de La Haye-Visby et, dans la négative, de déterminer quelles étaient les limitations applicables — La défenderesse peut invoquer les règles de La Haye-Visby — Une cargaison n'est pas considérée comme des « marchandises » aux termes de l'art. I(c) des Règles de La Haye-Visby si elle est transportée en pontée et qu'il est fait mention dans le contrat de transport qu'elle est ainsi transportée — Les règles de La Haye-Visby s'appliqueront à la cargaison transportée en cale alors que le connaissement indique que la cargaison est transportée en pontée, et vice versa — En l'espèce, le connaissement ne mentionnait pas le transport en pontée, et que les marchandises ont été transportées en pontée — Comme l'une des deux conditions n'était pas satisfaite, la cargaison ne pouvait être exclue de la définition de « marchandises » — La limitation de responsabilité « en aucun cas » prévue à l'art. IV(5)a des règles de La Haye-Visby s'applique à la situation en l'espèce — Les termes anglais « in any event » signifient « in every case » et couvrent le présent litige — Rien dans l'art. IV(5)a ne laisse croire que les termes « in any event » font référence aux situations énumérées à l'art. IV(2) des règles de La Haye-Visby — La seule exception à la règle de limitation énoncée à l'art. IV(5)a est celle prévue à l'art. IV(5)e —

This was a motion by the defendant for the preliminary determination of questions of law pursuant to paragraph 220(1)(a) of the *Federal Courts Rules*.

The plaintiff was the owner and consignee of a shipment that was put into a container loaded on board a vessel. The container was carried under a bill of lading issued by the defendant. The bill of lading did not declare that the container containing the shipment was to be carried “on deck”, while the container was in fact so carried. The container was lost overboard during the voyage. In the action underlying this proceeding, the plaintiff claimed, *inter alia*, that the defendant failed to carry its cargo under deck; that the defendant breached its contract and obligations, was grossly negligent, and is not entitled to invoke any of the immunities or limitations provided for in the Hague-Visby Rules. The plaintiff requested damages for its loss. The defendant argued, *inter alia*, that it could limit its liability towards the plaintiff pursuant to the bill of lading and the Hague-Visby Rules.

At issue was whether the undeclared on-deck carriage of the cargo under the defendant’s bill of lading prevented the defendant from relying on the Hague-Visby Rules; and, in the negative, what were the limitations applicable to the contract of carriage pursuant to the Hague-Visby Rules.

Held, the defendant may rely on the Hague-Visby Rules.

In order for cargo not to be regarded as “goods”, as defined in Article I(c) of the Hague-Visby Rules, it must not only be carried on deck, but also be stated in the contract of carriage as being so carried. The Hague-Visby Rules will apply to cargo carried under deck while the bill of lading states that the cargo is carried on deck, and *vice versa*. In this case, the bill of lading did not mention on-deck carriage and that the goods were carried on deck. As one of the two conditions was not met, the cargo could not be excluded from the definition of “goods”, and it was thus subject to the Hague-Visby Rules. The case law confirmed this interpretation.

Cependant, l’exception prévue à l’art. IV(5)e) n’était pas en jeu en l’espèce, car aucun élément de preuve n’a été déposé concernant la question de savoir si la défenderesse a agi de mauvaise foi — Interpréter les termes « in any event » comme signifiant « in every case » est donc compatible avec l’exclusion du principe de l’inexécution fondamentale.

Il s’agissait d’une requête de la défenderesse en vue d’une décision préliminaire sur des points de droit déposée en application de l’alinéa 220(1)a des *Règles des Cours fédérales*.

La demanderesse était propriétaire et consignataire d’une cargaison placée dans un conteneur, lui-même chargé à bord d’un navire. Le conteneur a été transporté en vertu d’un connaissance émis par la défenderesse. Le connaissance n’indiquait pas que le conteneur renfermant la cargaison serait transporté « en pontée », alors que la cargaison a été, en fait, ainsi transportée. Le conteneur a été perdu à la mer durant le voyage. Dans le cadre de l’action sous-jacente à la présente procédure, la demanderesse a prétendu entre autres que la défenderesse a omis de transporter sa cargaison dans la cale, a manqué à ses obligations contractuelles et a fait preuve de négligence grave, et qu’elle n’est pas autorisée à invoquer les exonérations ou limitations prévues par les règles de La Haye-Visby. La demanderesse a demandé des dommages-intérêts pour sa perte. La défenderesse a allégué entre autres qu’elle pouvait limiter sa responsabilité à l’égard de la demanderesse en vertu du connaissance et des règles de La Haye-Visby.

Il s’agissait de savoir si le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissance de la défenderesse empêchait la défenderesse d’invoquer les règles de La Haye-Visby et, dans la négative, de déterminer quelles étaient les limitations applicables au contrat de transport en vertu des règles de La Haye-Visby.

Jugement : la défenderesse peut invoquer les règles de La Haye-Visby.

Pour qu’une cargaison ne soit pas considérée comme des « marchandises » aux termes de l’article I(c) des Règles de La Haye-Visby, elle doit non seulement être transportée en pontée, mais il doit également être fait mention dans le contrat de transport qu’elle est ainsi transportée. Les règles de la Haye-Visby s’appliqueront à la cargaison transportée en cale alors que le connaissance indique que la cargaison est transportée en pontée, et vice versa. En l’espèce, le connaissance ne mentionnait pas le transport en pontée, et que les marchandises ont été transportées en pontée. Comme l’une des deux conditions n’était pas satisfaite, la cargaison ne pouvait être exclue de la définition de « marchandises », et a par conséquent été assujettie aux règles de La Haye-Visby. La jurisprudence confirme cette interprétation.

The limitation of liability provided for in Article IV(5)(a) of the Hague-Visby Rules applied in the present case. Article IV(2) of the Hague-Visby Rules provides complete exoneration to the carrier and the ship for loss or damage under the specific circumstances listed therein. Article IV(5)(a) on the other hand provides a limitation of liability to the carrier and the ship “in any event”. Constructing the words as the England and Wales Court of Appeal did in *Daewoo Heavy Industries Ltd. & Anor v. Klipriver Shipping Ltd. & Anor*, the words “in any event” mean “in every case” and encompassed the case at bar. This could also be inferred from the French wording of Article IV(5)(a). Neither the wording of Article IV(5)(a) nor its context suggest that “in any event” refers to the events listed under Article IV(2). Hence, the only exception to the limitation rule set out in Article IV(5)(a) is the one provided by Article IV(5)(e). However, the exception in Article IV(5)(e) was not in play herein as no evidence was tendered as to whether the defendant acted in bad faith. Finally, interpreting the words “in any event” as “in every case” is compatible with the exclusion of the doctrine of fundamental breach in Canadian law.

La limitation de responsabilité prévue à l'article IV(5)a des règles de La Haye-Visby s'applique à la situation en l'espèce. L'article IV(2) des règles de La Haye-Visby exonère complètement le transporteur et le navire pour perte ou dommage résultant ou provenant des situations énumérées à l'article. De l'autre côté, l'article IV(5)a prescrit une limite à la responsabilité du transporteur et du navire, lesquels ne seront « en aucun cas » responsables de pertes ou dommages pour un montant supérieur à la limite indiquée. Interprétant les termes employés comme l'a fait la Cour d'Angleterre et du Pays de Galles dans *Daewoo Heavy Industries Ltd. & Anor v. Klipriver Shipping Ltd. & Anor*, les termes anglais « *in any event* » signifient « *in every case* » et couvrent le présent litige. On peut également déduire la même chose du libellé en français de l'article IV(5)a. Ni le libellé de l'article IV(5)a ni le contexte de l'article ne laisse croire que les termes « *in any event* » font référence aux situations énumérées à l'article IV(2). Ainsi, la seule exception à la règle de limitation énoncée à l'article IV(5)a est celle prévue à l'article IV(5)e. Cependant, l'exception prévue à l'article IV(5)e n'était pas en jeu en l'espèce, car aucun élément de preuve n'a été déposé concernant la question de savoir si la défenderesse a agi de mauvaise foi. Enfin, interpréter les termes « *in any event* » comme signifiant « *in every case* » est compatible avec l'exclusion du principe de l'inexécution fondamentale du droit canadien.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. s. 1300 (2006).
Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1952, c. 291.
Carriage of Goods by Water Act, S.C. 1993, c. 21, s. 7.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 220(1)(a),(2).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 43.
Water Carriage of Goods Act, 1936 (The), S.C. 1936, c. 49.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924 (Hague Rules), Art. I.
International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. s. 1300 (2006).
Loi du transport des marchandises par eau, S.R.C. 1952, ch. 291.
Loi du transport des marchandises par eau, 1936, S.C. 1936, ch. 49.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 43.
Loi sur le transport des marchandises par eau, L.C. 1993, ch. 21, art. 7.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 220(1)(a), (2).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, art. 31, 32.
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constituent l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001,

of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hague-Visby Rules), Arts. I(c) “goods”, II, III(1),(2), IV, IV bis.

Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, signed at Brussels on 25th August 1924, 1412 U.N.T.S. 128.

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, art. 31, 32.

ch. 6 (règles de La Haye-Visby), art. Ic) « marchandises », II, III(1),(2), IV, IV bis.

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 (règles de La Haye), art. I.

Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, signée à Bruxelles le 25 août 1924, 1412 R.T.N.U. 122.

CASES CITED

APPLIED:

Daewoo Heavy Industries Ltd. & Anor v. Klipriver Shipping Ltd. & Anor, [2003] EWCA Civ. 451 (BAILII); *St-Siméon Navigation Inc. v. Couturier & Fils Limitée*, [1974] S.C.R. 1176, (1973), 44 D.L.R. (3d) 478; *Grace Plastics Ltd. v. Bernd Wesch II (The)*, [1971] F.C. 273 (T.D.); *Timberwest Forest Ltd. v. Gearbulk Pool Ltd.*, 2003 BCCA 39, 10 B.C.L.R. (4th) 327, affg *Timberwest v. Gearbulk*, 2001 BCSC 882.

CONSIDERED:

Searoad Shipping Co. v. E.I. DuPont de Nemours & Co., 361 F.2d 833 (5th Cir. 1966); *Encyclopaedia Britannica Inc. v. SS Hong Kong Producer*, 422 F.2d 7 (2d Cir. 1969); *Falconbridge Nick Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1969] 2 Ex. C.R. 261; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69.

REFERRED TO:

Bhasin v. Hrynew, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *J.D. Irving, Limited v. Siemens Canada Limited*, 2016 FC 287.

AUTHORS CITED

Baughen, Simon. *Shipping Law*, 3rd ed. London, U.K.: Cavendish Publishing Ltd., 2004.
Cooke, Julian *et al.*, *Voyage Charters*, 4th ed. London: Lloyd's Shipping Law Library, 2014.
Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 4th ed. Vol. 1. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais, 2008.

MOTION by the defendant for the preliminary determination of questions of law pursuant to paragraph 220(1)(a) of the *Federal Courts Rules*. The defendant may rely on the Hague-Visby Rules.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Daewoo Heavy Industries Ltd. & Anor v. Klipriver Shipping Ltd. & Anor, [2003] EWCA Civ. 451 (BAILII); *St-Siméon Navigation Inc. c. Couturier & Fils Limitée*, [1974] R.C.S. 1176; *Grace Plastics Ltd. c. Bernd Wesch II (The)*, [1971] C.F. 273 (1^{re} inst.); *Timberwest Forest Ltd. v. Gearbulk Pool Ltd.*, 2003 BCCA 39, 10 B.C.L.R. (4th) 327, confirmant *Timberwest v. Gearbulk*, 2001 BCSC 882.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Searoad Shipping Co. v. E.I. DuPont de Nemours & Co., 361 F.2d 833 (5th Cir. 1966); *Encyclopaedia Britannica Inc. v. SS Hong Kong Producer*, 422 F.2d 7 (2d Cir. 1969); *Falconbridge Nick Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1969] 2 R.C. de l'É. 261; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69.

DÉCISIONS CITÉES :

Bhasin c. Hrynew, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *J.D. Irving, Limited c. Siemens Canada Limited*, 2016 CF 287.

DOCTRINE CITÉE

Baughen, Simon. *Shipping Law*, 3^e éd. Londres, R.-U. : Cavendish Publishing Ltd., 2004.
Cooke, Julian *et al.*, *Voyage Charters*, 4^e éd. Londres : Lloyd's Shipping Law Library, 2014.
Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 4^e éd. vol. 1. Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 2008.

REQUÊTE de la défenderesse en vue d'une décision préliminaire sur des points de droit déposée en application de l'alinéa 220(1)a) des *Règles des Cours fédérales*. La défenderesse peut invoquer les règles de La Haye-Visby.

APPEARANCES

Isabelle Pillet and *Matthew Hamerman* for plaintiff.
Jean-François Bilodeau and *Jordi Montblanch* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD

De Man Pillet, Montréal, for plaintiff.
Robinson Sheppard Shapiro, S.E.N.C.R.L.,
Montréal, for defendant.

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

ST-LOUIS J.:

I. Introduction

[1] These proceedings constitute the second step of the motion for the preliminary determination of questions of law *Traffic-Tech International Inc.* (*Traffic-Tech*) presented under section 22 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and paragraph 220(1)(a) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (*Federal Courts Rules*).

[2] On August 17, 2016, Prothonotary Morneau, deciding on the first stage as per subsection 220(2) of the *Federal Courts Rules*, granted the motion, and ordered that the two questions submitted by *Traffic-Tech* be determined by the Court.

II. Background

[3] In December 2015, the plaintiff, *De Wolf Maritime Safety B.V.* (*De Wolf*) introduced an action against the defendant, *Traffic-Tech*, and served and filed its initial statement of claim *in personam*, which it amended in September 2016.

[4] In brief, *De Wolf* claims *Traffic-Tech* failed to carry its cargo under deck; that the loss is the result of *Traffic-Tech*'s failure to safely carry, care for, discharge, store and deliver its cargo in good order and condition. It further claims that *Traffic-Tech* breached its contract

ONT COMPARU

Isabelle Pillet et *Matthew Hamerman* pour la demanderesse.
Jean-François Bilodeau et *Jordi Montblanch* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

De Man Pillet, Montréal, pour la demanderesse.
Robinson Sheppard Shapiro, S.E.N.C.R.L.,
Montréal, pour la défenderesse.

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

LA JUGE ST-LOUIS :

I. Introduction

[1] La présente instance constitue la seconde étape de la requête en vue d'une décision préliminaire sur des points de droit déposée par *Traffic-Tech International Inc.* (*Traffic-Tech*) en application de l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et de l'alinéa 220(1)a des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (*Règles des Cours fédérales*).

[2] Le 17 août 2016, le protonotaire Morneau, rendant une décision à la première étape en vertu du paragraphe 220(2) des *Règles des Cours fédérales*, a accueilli la requête, et ordonné que la Cour statue sur les deux points présentés par *Traffic-Tech*.

II. Contexte

[3] En décembre 2015, la demanderesse, *De Wolf Maritime Safety B.V.* (*De Wolf*), a introduit une action contre la défenderesse, *Traffic-Tech*, puis a signifié et déposé sa déclaration initiale *in personam*, qu'elle a ensuite modifiée en septembre 2016.

[4] En résumé, *De Wolf* prétend que *Traffic-Tech* a omis de transporter sa cargaison dans la cale, que la perte découle du défaut de *Traffic-Tech* de procéder de manière sécuritaire au transport, au soin, au déchargement, au stockage et à la livraison de sa cargaison en

and obligations, was grossly negligent, and important for these proceedings, that Traffic-tech is not entitled to invoke any of the immunities or limitations provided for in the Hague-Visby Rules, being Schedule 3 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (*Marine Liability Act* [or Rules]).

[5] De Wolf asks that Traffic-Tech be condemned jointly and severally to pay to it the sum of €71 706 (or the Canadian equivalent of \$98 896.92 at the rate of 1.3792 on June 23, 2015) plus interest and costs; and such other relief as the Court might deem appropriate in the circumstances. This amount represents the value of the goods it shipped from Vancouver to Rotterdam, goods that were lost overboard and therefore did not arrive to the port of delivery.

[6] In its statement of defence, Traffic-Tech argues it can limit its liability towards De Wolf to an amount not exceeding 666.67 units of account per package or unit or 2 units of account per kilogramme of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher, pursuant to the bill of lading and the Hague-Visby Rules; that the damages claimed are excessive and remote; and that De Wolf did not take any or adequate steps to mitigate those damages.

III. Facts

[7] As per their agreed statement of facts, the parties agree that at all material time, De Wolf was the owner and consignee of a shipment described as “One piece zodiac and Spare Parts”, which was stuffed into a container (TCLU4132019/3269653), itself loaded on board the vessel *Cap Jackson* in Vancouver, Canada, for delivery in Rotterdam, Netherlands.

[8] The container was carried under a bill of lading bearing number 40020710, issued by Traffic-Tech on

bon état. Elle prétend en outre que Traffic-Tech a manqué à ses obligations contractuelles et a fait preuve de négligence grave et, point important en l’espèce, que Traffic-Tech n’est pas autorisée à invoquer les exonérations ou limitations prévues par les règles de La Haye-Visby, qui constituent l’annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (*Loi sur la responsabilité en matière maritime* [ou les règles]).

[5] De Wolf demande que Traffic-Tech soit condamnée conjointement et solidairement à lui verser la somme de 71 706 € (ou l’équivalent canadien de 98 896.92 \$ au taux de 1,3792 en vigueur le 23 juin 2015), plus les intérêts et les frais, et à toute autre mesure de réparation que la Cour pourrait juger appropriée dans les circonstances. Ce montant représente la valeur des marchandises expédiées de Vancouver à Rotterdam, marchandises perdues à la mer et qui ne sont par conséquent jamais arrivées au port de livraison.

[6] Dans sa défense, Traffic-Tech allègue qu’en vertu du connaissement et des règles de La Haye-Visby, sa responsabilité à l’égard de De Wolf peut se limiter à un montant ne dépassant pas 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable, que les dommages réclamés sont excessifs et représentent des dommages indirects, et que De Wolf n’a pris aucune mesure adéquate pour atténuer ces dommages.

III. Faits

[7] Selon leur exposé conjoint des faits, les parties conviennent que pendant la période en question, De Wolf était la propriétaire et la consignataire d’une cargaison décrite comme étant [TRANSDUCTION] « un Zodiac en une pièce avec des pièces de rechange », placée dans un conteneur (TCLU4132019/3269653), lui-même chargé à bord du navire *Cap Jackson* à Vancouver, au Canada, pour être livré à Rotterdam, aux Pays-Bas.

[8] Le conteneur a été transporté en vertu d’un connaissement portant le numéro 40020710, émis par

December 6, 2014. This bill of lading did not declare that the container containing the shipment was to be carried “on deck”, while the container was in fact so carried.

[9] The container was lost during the voyage, did not arrive in Rotterdam, and the loss suffered by De Wolf amounts to €71 706 or CND \$98 896.92 at the exchange rate of 1.3792 calculated on June 23, 2015.

[10] At the hearing, the parties have also confirmed that the nature and value of the goods had not been declared by the shipper before shipment nor inserted in the bill of lading.

IV. Questions of law

[11] The two questions of law before the Court are:

1. Does the undeclared on-deck carriage of the cargo under the Traffic-Tech bill of lading prevent the defendant from relying on the Hague-Visby Rules?
2. In the negative, what are the limitations applicable to the contract of carriage pursuant to the Hague-Visby Rules?

V. Submissions of the parties

A. *Traffic-Tech (defendant and moving party)*

- (1) The damaged goods are “goods” as defined in the Hague-Visby Rules

[12] Traffic-Tech first relies on the definition of “goods” contained in Article I(c) of the Hague-Visby Rules to argue that they are applicable here. As said definition excludes “cargo which by the contract of carriage is stated as being carried on deck and is so carried”, it follows that cargo which is not stated as being carried on deck by the contract of carriage is not excluded.

Traffic-Tech le 6 décembre 2014. Le connaissement n’indiquait pas que le conteneur renfermant la cargaison serait transporté « en pontée », alors que la cargaison a été, en fait, ainsi transportée.

[9] Le conteneur a été perdu durant le voyage, n’est pas arrivé à Rotterdam, et la perte encourue par De Wolf s’élève à 71 706 € ou 98 896.92 \$ CA, au taux de change de 1,3792 calculé le 23 juin 2015.

[10] À l’audience, les parties ont également confirmé que la nature et la valeur des marchandises n’avaient pas été déclarées par l’expéditeur avant l’envoi, ni inscrites sur le connaissement.

IV. Points de droit

[11] Les deux points de droit dont est saisie la Cour sont les suivants :

1. Est-ce que le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissement de Traffic-Tech empêche la défenderesse d’invoquer les règles de La Haye-Visby?
2. Dans la négative, quelles sont les limitations applicables au contrat de transport en vertu des règles de La Haye-Visby?

V. Observations des parties

A. *Traffic-Tech (défenderesse et requérante)*

- 1) Les marchandises endommagées sont des « marchandises », telles que définies dans les règles de La Haye-Visby.

[12] Traffic-Tech s’appuie d’abord sur la définition de « marchandises » prévue à l’article Ic) des règles de La Haye-Visby pour affirmer qu’elle s’applique en l’espèce. Comme ladite définition exclut « la cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée », il s’ensuit que la cargaison qui n’est pas déclarée comme mise sur le pont par le contrat de transport n’est pas exclue.

[13] The parties agree that the bill of lading bore no indication that the shipment would be carried on deck. Hence, Traffic-Tech submits, as the lost shipment was not stated by contract as being carried on deck, it therefore was “goods”. Since the shipment was in fact “goods”, the claim falls within the scope of the Hague-Visby Rules. According to Traffic-Tech, this interpretation allows more flexibility to the carrier whereas De Wolf’s position runs against the commercial reality of container shipping, where about 30 percent of containers are stowed on deck.

- (2) The carrier’s liability is limited by the provisions contained in the Hague-Visby Rules

[14] Satisfied that the Hague-Visby Rules apply, Traffic-Tech then turns to its Article IV(5)(a) to argue that neither the carrier nor the ship shall “in any event” become liable for any amount above the limitation provided for in the convention, and to its Article IV *bis*, reproduced in annex, which states the limits shall apply in any action against the carrier, be it found in tort or contract.

[15] Traffic-Tech contends that the only exception to limitation provided for in Article IV(5)(a) of the Hague-Visby Rules is the one provided for in Article IV(5)(e) that pertains to damage resulting “from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result”.

[16] In this regard, Traffic-Tech argues that Article IV(5)(e) is not at play in these proceedings since De Wolf’s allegation of gross negligence is not supported by allegation or proof that the damage was indeed caused with intent or knowledge on the part of Traffic-Tech that the damage would occur. Furthermore, it argues that in any event, Article IV(5)(e) requires a higher threshold than gross negligence, and that no evidence whatsoever

[13] Les parties conviennent que le connaissement ne portait aucune indication que la cargaison serait transportée en pontée. Par conséquent, Traffic-Tech affirme qu’étant donné que la cargaison perdue n’était pas déclarée par contrat comme étant transportée en pontée, elle constituait donc des « marchandises ». Puisque la cargaison était en fait des « marchandises », la réclamation entre dans le champ d’application des règles de La Haye-Visby. Selon Traffic-Tech, cette interprétation donne plus de souplesse au transporteur, alors que la position de De Wolf va à l’encontre de la réalité commerciale des expéditions par conteneur, alors qu’environ 30 p. 100 des conteneurs sont arrimés en ponté.

- 2) La responsabilité du transporteur est limitée par les dispositions prévues dans les règles de La Haye-Visby

[14] Convaincue que les règles de La Haye-Visby s’appliquent, Traffic-Tech s’en remet ensuite à l’article IV(5)a) des mêmes règles pour affirmer que le transporteur comme le navire ne seront « en aucun cas » responsables pour une somme supérieure à la limite prévue dans la convention, et à l’article IV bis des mêmes règles reproduit en annexe, qui prescrit que ces limites sont applicables à toute action contre le transporteur, que l’action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou sur une responsabilité extracontractuelle.

[15] Traffic-Tech affirme que la seule exception à la limite prévue à l’article IV(5)a) des règles de La Haye-Visby est celle prévue à l’article IV(5)e) qui a trait aux dommages résultant « d’un acte ou d’une omission du transporteur qui a eu lieu soit avec l’intention de provoquer un dommage, soit témérement et avec conscience qu’un dommage en résulterait probablement ».

[16] À cet égard, Traffic-Tech affirme que l’article IV(5)e) n’est pas en jeu en l’espèce, puisque l’allégation de négligence grave de De Wolf n’est pas étayée par une affirmation ou un élément de preuve selon lesquels le dommage a été en fait causé avec l’intention de provoquer un dommage ou avec conscience qu’un dommage surviendrait. De plus, elle affirme que quoi qu’il en soit, l’article IV(5)e) nécessite un seuil plus

has been put forward in these proceedings as the questions to be addressed by the Court are strictly questions of law. It addresses the allegation of bad faith raised by De Wolf in the same way, submitting that bad faith cannot be presumed and that a simple omission on the bill of lading cannot be inferred as bad faith. In other words, Traffic-Tech contends that the goal of this hearing is to determine questions of law, and not to examine either the intent or a particular state of mind of the parties.

[17] Finally, Traffic-Tech submits that the Canadian courts have not yet tested the question of whether the limitations of the Hague-Visby Rules apply to undeclared on-deck carriage. However, it refers to a decision of the England and Wales Court of Appeal whereby this question was addressed in *Daewoo Heavy Industries Ltd. & Anor v. Klipriver Shipping Ltd. & Anor*, [2003] EWCA Civ. 451 (BAILII) (*The Kapitan Petko Voivoda*) in the context of the old Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading*, Brussels, 25 August 1924], which provision is alleged to be analogous to Article IV(5)(a) of the Hague-Visby Rules. This decision is said to be in alignment with the new realities of modern commercial shipping industry, particularly in respect to containerized shipping, for which the risks of on-deck carriage are considerably diminished.

(3) Conclusion

[18] So, Traffic-Tech's answer to the first question is negative, in that the undeclared on-deck carriage of the cargo under the Traffic-Tech bill of lading does not prevent it from relying on the Hague-Visby Rules.

[19] In regards to the second question, Traffic-Tech submits that it can avail itself of the limitations of the Hague-Visby Rules, that the amount must be calculated pursuant to its Article IV(5)(a), and that the only exception to the "in any event" provision is the one provided for in Article IV(5)(e) which is not at play here. The loss

élevé qu'une négligence grave, et qu'aucun élément de preuve, de quelque nature que ce soit, n'a été avancé en l'espèce, puisque les points sur lesquels la Cour doit se pencher sont strictement des points de droit. Elle aborde de la même manière l'allégation de mauvaise foi soulevée par De Wolf, affirmant que la mauvaise foi ne peut être présumée et qu'une simple omission sur le connaissement ne peut constituer de la mauvaise foi. Autrement dit, Traffic-Tech affirme que le but de la présente audience est de statuer sur des points de droit, et non d'examiner l'intention des parties ou un état d'esprit en particulier.

[17] Enfin, Traffic-Tech soutient que les cours canadiennes n'ont pas encore examiné la question de savoir si les limitations prévues aux règles de La Haye-Visby s'appliquent au transport non déclaré en pontée. Toutefois, elle fait référence à un arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles dans lequel cette question a été abordée (*Daewoo Heavy Industries Ltd. & Anor v. Klipriver Shipping Ltd. & Anor*), [2003] EWCA Civ. 451 (BAILII) (*The Kapitan Petko Voivoda*), dans le contexte des anciennes règles de La Haye [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement*, Bruxelles, 25 août 1924 (ou les règles)], dont la disposition serait analogue à l'article IV(5)a) des règles de La Haye-Visby. Cet arrêt cadrerait avec les nouvelles réalités de l'industrie de l'expédition commerciale moderne, en particulier en ce qui a trait à l'expédition par conteneurs, pour laquelle les risques d'un transport en pontée sont considérablement réduits.

3) Conclusion

[18] Ainsi, la réponse de Traffic-Tech à la première question est négative, en ce sens que le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissement de Traffic-Tech ne l'empêche pas d'invoquer les règles de La Haye-Visby.

[19] Quant à la deuxième question, Traffic-Tech affirme qu'elle peut se prévaloir des limitations prévues dans les règles de La Haye-Visby, que le montant doit être calculé conformément à l'article IV(5)a) des mêmes règles, que la seule exception à la mention « en aucun cas » est celle prévue à l'article IV(5)e), qui n'est pas en

claimed by De Wolf may thus not exceed 666.67 units of account per package or 2 units of account per kilogram of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is higher.

B. De Wolf (plaintiff)

- (1) Failure to disclose the on-deck carriage precludes Traffic-Tech from relying on any limitation of liability

[20] In its memorandum, De Wolf addresses question 1 differently than the question determined by the Court. De Wolf particularly questions if the undeclared on-deck carriage of the cargo under the bill of lading prevents the defendant from relying on the carrier's limitations of liability provided for in the Hague-Visby Rules. De Wolf stresses the fact that it was never notified that its containerized shipment would be stowed on the deck of the vessel, and was only made aware of this once it was alerted of its loss. It submits that the undeclared deck cargo prevents Traffic-Tech from relying on the limitations of liability provided for in the Hague-Visby Rules.

[21] De Wolf exposes the special risks associated with on-deck cargo, the additional measures that must be taken to protect and insure the goods when they are so shipped, and the fact that deck carriage is, as per Article III(2) of the Hague-Visby Rules, improper stowage. Hence, De Wolf submits that when the place of stowage is not mentioned on a bill of lading, i.e. a clean bill of lading, it is understood that the goods are to be carried under deck. To carry them on deck without prior declaration is thus improper.

[22] More precisely, De Wolf first submits that the Hague-Visby Rules apply, but that the limitation of liability does not. Indeed, De Wolf submits, contrary to Traffic-Tech's position, the latter's failure to disclose the on-deck carriage precludes it from relying on any limitation of liability. Concluding otherwise would be to reward the carrier for failing to its obligation to declare

jeu en l'espèce. La perte réclamée par De Wolf ne peut donc pas excéder 666,67 unités de compte par colis, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable.

B. De Wolf (demanderesse)

- 1) Le défaut de déclarer le transport en pontée prive Traffic-Tech du droit d'invoquer toute limitation de responsabilité

[20] Dans son mémoire, De Wolf aborde la première question de façon différente par rapport à la question tranchée par la Cour. De Wolf demande en particulier si le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissement empêche la défenderesse d'invoquer les limitations de responsabilité du transporteur prévues dans les règles de La Haye-Visby. De Wolf souligne le fait qu'elle n'a jamais été avisée que sa cargaison conteneurisée serait arrimée sur le pont du navire, et qu'elle en a été avisée uniquement une fois informée de sa perte. Elle soutient que le transport non déclaré en pontée empêche Traffic-Tech d'invoquer les limitations de responsabilité prévues dans les règles de La Haye-Visby.

[21] De Wolf fait état des risques particuliers associés à une cargaison en pontée, et des mesures additionnelles qui doivent être prises afin de protéger et d'assurer les marchandises ainsi transportées, et invoque le fait que le transport en pontée constitue, en vertu de l'article III(2) des règles de La Haye-Visby, un arrimage incorrect. Ainsi, De Wolf soutient que lorsque le lieu d'arrimage n'est pas indiqué sur un connaissement, c'est-à-dire un connaissement net, il est entendu que les marchandises doivent être transportées en cale. Il est donc incorrect de les transporter en pontée sans le déclarer auparavant.

[22] Plus précisément, De Wolf affirme d'abord que les règles de La Haye-Visby s'appliquent, mais pas la limitation de responsabilité. En fait, De Wolf soutient, contrairement à la position de Traffic-Tech, que ce défaut de déclarer le transport en pontée des marchandises prive du droit d'invoquer toute limitation de responsabilité. Conclure autrement reviendrait à récompenser le

on-deck stowage, in breach of contract, and contrary to the good faith requirement read into Article I(c) of the Hague-Visby Rules.

[23] De Wolf relies on professor William Tetley's assertion that the carrier cannot avail itself of the limitation if it has omitted to declare the on-deck stowage, particularly so in light of the good faith obligation now read into Canadian common law contract (*Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494). De Wolf contends that Traffic-Tech should not benefit from the Hague-Visby Rules as it acted in bad faith in stowing the goods on deck in breach of the bill of lading. Indeed, according to De Wolf, had Traffic-Tech acted in good faith, it would have indicated the on-deck stowage on the bill of lading and, as such, would not have benefited from the Hague-Visby Rules.

[24] Second, De Wolf submits that the words "in any event" of Article IV(5)(a) refer to the events listed under Article IV(2), reproduced in annex. De Wolf hereby relies on professor Tetley's assertion that "those words should be construed to mean that the package limitation applies where the carrier fails to prove its right to total exoneration from liability under any of the exception of art. 4(2)(a) to (q)" [footnote omitted] (William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4th ed. Vol. 1 (Cowansville: Les Éditions Yvon Blais, 2008), at page 1587).

[25] De Wolf distinguishes the English case law relied upon by Traffic-Tech, pointing out that Canadian courts are not bound by decisions of English courts, that professor Tetley called the decision "unfortunate and flawed", and that it was rendered under the old Hague Rules. De Wolf contends that the Court cannot rely on the case of *The Kapitan Petko Voivoda* as Article IV(5) of the Hague-Visby Rules comprises an exception to the limitation of liability (Article IV(5)(e)) that was not included in the old Hague Rules. It also distinguishes the decision *St-Siméon Navigation Inc. v. Couturier & Fils Limitée*, [1974] S.C.R. 1176 (*St-Siméon*) where

transporteur pour avoir failli à ses obligations de déclarer l'arrimage en pontée, en violation du contrat, et contrairement à l'obligation de bonne foi prévue à l'article Ic) des règles de La Haye-Visby.

[23] De Wolf s'appuie sur l'assertion du professeur William Tetley selon laquelle le transporteur ne peut se prévaloir de la limitation s'il a omis de déclarer l'arrimage en pontée, en particulier à la lumière de l'obligation de bonne foi maintenant incluse dans le droit canadien des contrats en common law (*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494). De Wolf affirme que Traffic-Tech ne devrait pas bénéficier des règles de La Haye-Visby puisqu'elle a agi de mauvaise foi en arrimant les marchandises en pontée, en violation du connaissement. En fait, selon De Wolf, si Traffic-Tech avait agi de bonne foi, elle aurait indiqué l'arrimage en pontée sur le connaissement et, à ce titre, n'aurait pas bénéficié des règles de La Haye-Visby.

[24] Deuxièmement, De Wolf affirme que l'expression « en aucun cas » de l'article IV(5)a) fait référence aux situations énumérées à l'article IV(2), reproduit en annexe. De Wolf s'appuie ici sur l'assertion du professeur Tetley selon laquelle [TRADUCTION] « ces termes ne devraient pas être interprétés de façon à signifier que la limitation quant aux colis s'applique lorsque le transporteur omet de prouver son droit à une exonération totale de responsabilité en vertu de l'une ou l'autre des exceptions prévues aux articles 4(2)a) à q) » [note de bas de page omise] (William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4^e éd. vol. 1 (Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 2008), à la page 1587).

[25] De Wolf écarte la jurisprudence anglaise sur laquelle s'appuie Traffic-Tech, soulignant que les tribunaux canadiens ne sont pas liés par les décisions des tribunaux d'Angleterre, que le professeur Tetley a qualifié la décision de [TRADUCTION] « déplorable et sans fondement », et que la décision a été rendue en vertu des anciennes règles de La Haye. De Wolf affirme que la Cour ne peut s'appuyer sur l'affaire *The Kapitan Petko Voivoda*, puisque l'article IV(5) des règles de La Haye-Visby comporte une exception à la limitation de responsabilité (article IV(5)e)) qui n'était pas incluse dans les anciennes règles de La Haye. Elle écarte

there was a liberty clause, i.e. a liberty to stow on deck clause, and no violation of the contract of carriage, as well as the decision *Timberwest v. Gearbulk*, 2001 BCSC 882, where the owner of the cargo was aware that his shipment would either be carried on deck or under deck. However, in the case at hand, De Wolf contends that, as there was no liberty clause in the bill of lading, it was not aware that its shipment could be stowed on deck.

[26] Thirdly, De Wolf contends that the stowage of the goods on deck constitutes gross negligence.

- (2) Contract of carriage is governed by the common law

[27] As the contract of carriage between the parties is not subject to the limitations of the Hague-Visby Rules, De Wolf argues that the case must thus be decided based on the Canadian common law principles, as incorporated within Canadian maritime law, under which there are no limitations of liability.

- (3) Conclusion

[28] In conclusion, De Wolf answers question one in the positive, in that the Hague-Visby Rules apply. However, the undeclared on-deck carriage of the cargo prevents Traffic-Tech from relying on the limitations of liability provided for in same Hague Visby Rules.

[29] On question number 2, De Wolf submits that due to bad faith or gross negligence, or because the words “in any event” of Article IV(5)(a) refer to the events listed under Article IV(2), Traffic-Tech cannot rely on the limitation of liability provided for in the Hague-Visby Rules and, as common law applies, it is entitled to the amount of its actual loss without limitation.

également l’arrêt *St-Siméon Navigation Inc. c. Couturier & Fils Limitée*, [1974] R.C.S. 1176 (*St-Siméon*), où il y avait une clause liberté (*liberty clause*), c’est-à-dire une clause donnant liberté d’arrimer en pontée, et où il n’y avait pas de violation du contrat de transport, de même que l’arrêt *Timberwest v. Gearbulk*, 2001 BCSC 882, où le propriétaire de la cargaison était au courant que son chargement serait transporté en pontée et non en cale. Toutefois, en l’espèce, De Wolf affirme que puisque le connaissement ne comportait pas de clause liberté, elle n’était pas au courant que son chargement pouvait être arrimé en pontée.

[26] Troisièmement, De Wolf affirme que l’arrimage des marchandises en pontée constitue une négligence grave.

- 2) Le contrat de transport est régi par la common law

[27] Comme le contrat de transport entre les parties n’est pas assujéti aux limitations prévues dans les règles de La Haye-Visby, De Wolf allègue que l’affaire doit être tranchée en fonction des principes de la common law canadienne, qui ont été intégrés au droit maritime canadien, en vertu desquels il n’y a pas de limitation de la responsabilité.

- 3) Conclusion

[28] En conclusion, De Wolf répond à la première question par l’affirmative, en ce sens que les règles de La Haye-Visby s’appliquent. Toutefois, le transport en pontée non déclaré de la cargaison empêche Traffic-Tech d’invoquer les limitations de responsabilité prévues dans les mêmes règles de La Haye-Visby.

[29] En ce qui concerne la deuxième question, De Wolf affirme qu’en raison de sa mauvaise foi ou de sa négligence grave, ou parce que les termes « en aucun cas » de l’article IV(5)a) font référence aux situations énumérées à l’article IV(2), Traffic-Tech ne peut invoquer la limitation de responsabilité prévue dans les règles de La Haye-Visby; puisque la common law s’applique, elle a droit au montant de ses pertes réelles, sans limitation.

VI. Analysis

A. *Does the undeclared on-deck carriage of the cargo under the Traffic-Tech bill of lading prevent the defendant from relying on the Hague-Visby Rules?*

[30] For the reasons exposed hereinafter, the Court sides with Traffic-Tech and answers the first question in the negative. Hence, Traffic-Tech's undeclared on-deck carriage of De Wolf's goods does not prevent it from relying on the Hague-Visby Rules.

[31] This question of law is answered by examining the relevant legislative provisions, the definition of "goods" under the Hague-Visby Rules, and the Canadian and international case law.

(1) Legislative provisions

[32] The *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading*, better known as the Hague Rules, was concluded at Brussels on August 25, 1924. It was amended in 1968 by the *Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading* [1412 U.N.T.S. 128] to become the Hague-Visby Rules. The Hague Rules were incorporated in Canadian law through *The Water Carriage of Goods Act, 1936*, S.C. 1936, c. 49. Afterwards, the Hague-Visby Rules came into force first through section 7 of the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21, and then through section 43 of the *Marine Liability Act*, being inserted in its schedule 3. The Hague Rules and the Hague-Visby Rules may herein collectively be referred as the Rules except where reference to a specific convention is required.

[33] The Hague-Visby Rules have force of law in Canada in respect of contracts for the carriage of goods by water between different states, as well as in respect of contracts for the carriage of goods by water from one place in Canada to another place in Canada, unless there

VI. Analyse

A. *Est-ce que le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissement de Traffic-Tech empêche la défenderesse d'invoquer les règles de La Haye-Visby?*

[30] Pour les motifs exposés ci-après, la Cour se range aux arguments de Traffic-Tech et répond à la première question par la négative. En conséquence, le fait que Traffic-Tech ait procédé au transport non déclaré des marchandises de De Wolf en pontée ne l'empêche pas d'invoquer les règles de La Haye-Visby.

[31] Ce point de droit est tranché grâce à l'examen des dispositions légales pertinentes, de la définition de « marchandises » en vertu des règles de La Haye-Visby, et de la jurisprudence canadienne et internationale.

1) Dispositions légales

[32] La *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement*, mieux connue sous l'appellation des règles de La Haye, a été conclue à Bruxelles le 25 août 1924. Elle a été modifiée en 1968 par le *Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement* [1412 R.T.N.U. 122], pour devenir les règles de La Haye-Visby. Les règles de La Haye ont été intégrées au droit canadien par la *Loi du transport des marchandises par eau, 1936*, S.C. 1936, ch. 49. Par la suite, les règles de La Haye-Visby ont pris effet d'abord au moyen de l'article 7 de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21, puis ensuite au moyen de l'article 43 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, étant insérées à l'annexe 3 de ladite loi. Les règles de La Haye et les règles de La Haye-Visby peuvent en l'espèce être collectivement citées comme les règles, sauf lorsqu'il est nécessaire de faire référence à une convention précise.

[33] Les règles de La Haye-Visby ont force de loi au Canada à l'égard des contrats de transport de marchandises par eau conclus entre les différents États, de même qu'à l'égard de contrats de transport de marchandises par eau d'un lieu au Canada à un autre lieu

is no bill of lading and the contract stipulates that those Rules do not apply (*Marine Liability Act*, section 43). They enact the responsibilities, liabilities, rights and immunities of the carrier in relation to the loading, handling, stowage, carriage, custody, care and discharge of goods covered by a contract of carriage by water (Hague-Visby Rules, Article II).

(2) Definition of “goods” in Article I(c) of the Hague-Visby Rules

[34] Goods, wares or merchandise excluded by the definition of goods are not subject to the Hague-Visby Rules, while to the contrary goods that are included in the definition will be so subject. Article I(c) of the Hague-Visby Rules, like Article I(c) of the Hague Rules, defines “goods” as including “goods, wares, merchandise and articles of every kind whatsoever, except live animals and cargo which by the contract of carriage is stated as being carried on deck and is so carried” (our emphasis).

[35] As per the aforementioned definition, in order for cargo not to be regarded as “goods”, it must not only be carried on deck, but also be stated in the contract of carriage as being so carried. The late professor William Tetley confirms that “neither the carrier nor the shipper may benefit from or be subject to the Rules, provided that: a) the bill of lading on its face states that the goods are carried on deck, and b) the cargo is in fact carried on deck” (Tetley, at page 1569).

[36] Therefore, the Hague-Visby Rules will apply to cargo carried under deck while the bill of lading states that the cargo is carried on deck, and *vice versa* (Julian Cooke *et al.*, *Voyage Charters*, 4th ed. (London: Lloyd’s Shipping Law Library, 2014), at page 1018).

au Canada, à moins qu’ils ne soient pas assortis d’un connaissement et qu’ils stipulent que les règles ne s’appliquent pas (*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, article 43). Elles précisent les responsabilités, obligations, droits et exonérations du transporteur quant au chargement, à la manutention, à l’arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises couvertes par un contrat de transport par eau (règles de La Haye-Visby, article II).

2) Définition de « marchandises » à l’article Ic) des règles de La Haye-Visby

[34] Les biens, objets et marchandises exclus de la définition de marchandises ne sont pas assujettis aux règles de La Haye-Visby, alors qu’au contraire, les biens et objets inclus dans la définition y seront assujettis. L’article Ic) des règles de La Haye-Visby, comme l’article Ic) des règles de La Haye, définit les « marchandises » comme comprenant les « biens, objets, marchandises et articles de nature quelconque, à l’exception des animaux vivants et de la cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée » (non souligné dans l’original).

[35] Conformément à la définition qui précède, pour qu’une cargaison ne soit pas considérée comme des « marchandises », elle doit non seulement être transportée en pontée, mais il doit également être fait mention dans le contrat de transport qu’elle est ainsi transportée. Le défunt professeur William Tetley confirme que [TRADUCTION] « ni le transporteur ni l’expéditeur ne peuvent bénéficier des règles ou y être assujettis, à la condition que : a) le connaissement indique à première vue que les marchandises sont transportées en pontée; b) la cargaison est en fait transportée en pontée » (Tetley, à la page 1569).

[36] Par conséquent, les règles de La Haye-Visby s’appliqueront à la cargaison transportée en cale alors que le connaissement indique que la cargaison est transportée en pontée, et vice versa (Julian Cooke *et al.*, *Voyage Charters*, 4^e éd. (Londres : Lloyd’s Shipping Law Library, 2014), à la page 1018).

[37] In this case, it is undisputed that the bill of lading did not mention on-deck carriage, and that the goods were carried on deck. As one of the two conditions is not met, the cargo cannot be excluded from the definition of “goods”, and it is thus subject to the Hague-Visby Rules.

(3) Case law

[38] The case law confirms this interpretation. In *Grace Plastics Ltd. v. Bernd Wesch II (The)*, [1971] F.C. 273 (T.D.) (*Grace Plastics*), the plaintiff purchased two reactors along with certain equipment and arranged with a forwarder to ship them to Canada. The contract between the forwarder and the shipping company detailed that the reactors would be carried on deck and the rest of the shipment under deck but four parcels were in fact loaded on deck together with the two reactors, with the forwarder’s consent. The Court applied the definition of “goods” in Article I of the old Hague Rules to decide that the contract of carriage did not contemplate the carriage of the three parcels on deck. Therefore, according to the Court, those three parcel did not fall “within the exception from the definition of ‘goods’ in the Hague Rules even though the forwarder’s Hamburg agent did subsequently verbally acquiesce in their being so carried” (*Grace Plastics*, at page 279). On the contrary, as the contract of carriage provided for the carriage of the two 70 ton reactors on deck, and as they were so carried, the contract of carriage was not governed by the Hague Rules in relation to those two reactors.

[39] In *St-Siméon*, the Court concluded that a provision that “goods stowed on deck shall be deemed to be stated as so stowed, without any specific statement to this effect, is in violation of the Rules” (*St-Siméon*, at page 1179). Indeed, in *St-Siméon*, the carrier relied on a clause in the bill of lading excluding liability for goods stowed on deck. The clause provided that the goods “may be stowed on or under the deck at the discretion of the carrier; and when they are stowed on deck they shall, by virtue of this provision, be deemed to be declared as so stowed, without any specific statement to this effect

[37] En l’espèce, il n’est pas contesté que le connaissement ne mentionnait pas le transport en pontée, et que les marchandises ont été transportées en pontée. Comme l’une des deux conditions n’est pas satisfaite, la cargaison ne peut être exclue de la définition de « marchandises », et est par conséquent assujettie aux règles de La Haye-Visby.

3) Jurisprudence

[38] La jurisprudence confirme cette interprétation. Dans la décision *Grace Plastics Ltd. c. Bernd Wesch II (The)*, [1971] C.F. 273 (1^{re} inst.) (*Grace Plastics*), la demanderesse a acheté deux réacteurs et certains équipements et a pris des arrangements avec un transitaire pour les expédier au Canada. Le contrat entre le transitaire et la compagnie maritime indiquait que les réacteurs seraient transportés en pontée et le reste du chargement en cale, mais quatre colis ont été en fait chargés sur le pont avec les deux réacteurs, avec le consentement du transitaire. La Cour a appliqué la définition de « marchandises » prévue à l’article I des anciennes règles de La Haye pour décider que le contrat de transport n’indiquait pas le transport de trois colis sur le pont. Par conséquent, selon la Cour, ces trois colis ne sont pas visés par [TRADUCTION] « l’exception de la définition de “marchandises” prévue dans les *Règles de La Haye*, même si l’agent du transitaire à Hambourg a par la suite accepté qu’ils soient ainsi transportés » (*Grace Plastics*, à la page 279). Au contraire, comme le contrat de transport prévoyait le transport des deux réacteurs de 70 tonnes en pontée, et comme ils ont été ainsi transportés, le contrat de transport n’était pas régi par les règles de La Haye pour ce qui est de ces deux réacteurs.

[39] Dans l’arrêt *St-Siméon*, la Cour a conclu « que l’on va à l’encontre des règles en stipulant que des marchandises chargées en pontée sont censées être déclarées comme étant ainsi chargées, même lorsque la mention n’est pas faite » (*St-Siméon*, à la page 1179). En fait, dans l’arrêt *St-Siméon*, le transporteur s’est appuyé sur une clause du connaissement stipulant non-responsabilité pour les marchandises chargées en pontée. La clause prévoyait que les marchandises « peuvent être arrimées sur ou sous le pont à la discrétion du voiturier; et lorsqu’elles sont chargées en pontée elles sont, en

on the face of the bill of lading. With respect to goods stowed on deck or stated on the face of the bill of lading to be stowed, the carrier assumes no liability for any loss, damage or delay” [at page 1178]. This provision was deemed contrary to the then *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C. 1952, c. 291, and to the Rules, and was therefore null and void. Hence, in order to be excluded from the definition of “goods”, cargo must be stated in the contract of carriage as being carried on deck in addition to being so carried.

[40] Similarly, in a situation where, according to the bill of lading, “some” cargo was to be carried on deck, the Rules have been held to apply. This indication did not sufficiently identify which parts of a cargo were carried on deck, and made it impossible for the parties to assess their risks and responsibilities for the future. Indeed, in *Timberwest v. Gearbulk*, 2001 BCSC 882 [cited above], it was to be determined whether the lumber shipped was considered as “goods” under the Rules. If the lumber was “goods”, the exclusion clauses would be void. On the bills of lading, the notation “Stowage: 86% OD 14% UD” [at paragraph 9] was included. The Court applied a strict construction of the definition of “goods” in the Hague-Visby Rules. The trial Judge found that the percentages included on the bills of lading were unreliable with respect to each shipment and that the absence of identification of the specific packages carried on deck and under deck made it impossible to determine the value of the cargo carried on deck. The exclusion clauses included on the bills of lading were held not to be valid or enforceable. This decision was confirmed by the British Columbia Court of Appeal in *Timberwest Forest Ltd. v. Gearbulk Pool Ltd.*, 2003 BCCA 39, 10 B.C.L.R. (4th) 327 (*Timberwest*), at paragraph 46:

vertu de cette disposition, censées être déclarées comme étant ainsi chargées en pontée, et ceci même si aucune mention spécifique à cet effet n’appert à la face de ce connaissance. Relativement aux marchandises chargées en pontée ou déclarées comme étant ainsi chargées à la face de ce connaissance, le voiturier n’assume aucune responsabilité quant aux pertes, avaries ou aux retards » [à la page 1178]. Cette disposition a été jugée contraire à la *Loi du transport des marchandises par eau*, S.R.C. 1952, ch. 291, et aux règles, et par conséquent sans effet. Ainsi, pour qu’une cargaison puisse être exclue de la définition de « marchandises », il doit être indiqué dans le contrat de transport qu’elle est transportée en pontée en plus d’être ainsi transportée.

[40] De la même façon, lorsque, selon le connaissance, « une partie » de la cargaison devait être transportée en pontée, on a conclu que les règles s’appliquaient. Cette indication ne permettait pas d’identifier avec suffisamment de précision quelles parties de la cargaison devaient être transportées en cargo, et il a donc été impossible pour les parties d’évaluer leurs risques et leurs responsabilités pour l’avenir. En fait, dans l’arrêt *Timberwest v. Gearbulk*, 2001 BCSC 882 [précité], la Cour devait décider si le bois expédié était considéré comme des « marchandises » en vertu des règles. Si le bois était des « marchandises », les clauses d’exclusion seraient sans effet. L’indication « Stowage : 86% OD 14% UD » (Arrimage : 86 en pontée, 14 p. 100 en cale) [au paragraphe 9] était incluse dans les connaissements. La Cour a appliqué une interprétation rigoureuse de la définition de « marchandises » prévue dans les règles de La Haye-Visby. Le juge d’instance a conclu que les pourcentages indiqués sur les connaissements n’étaient pas fiables à l’égard de chaque chargement, et que l’absence d’indication précisant quels colis étaient transportés en pontée et quels colis étaient transportés en cale rendait impossible toute détermination de la valeur de la cargaison transportée en pontée. Le juge a conclu que les clauses d’exclusion inscrites sur les connaissements n’étaient pas valides ni applicables. Cet arrêt a été confirmé par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Timberwest Forest Ltd. v. Gearbulk Pool Ltd.*, 2003 BCCA 39, 10 B.C.L.R. (4th) 327 (*Timberwest*), au paragraphe 46 :

In my view, the conclusions reached by the trial judge reflect a construction of the definition of “goods” that accords with practical affairs and business efficacy, in that certainty is necessary for the parties to commercial transactions to assess their respective risks and determine the appropriate price for their goods and services. It is not a construction that creates a “more extensive restriction [on freedom of contract] than the language used reasonably requires”, to quote McFarlane J.A. in *H.B. Contracting Ltd. v. Northland Shipping (1962) Co. Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 209 at 215 (B.C.C.A.).

[41] In the cases mentioned above, the exclusion included in the definition of “goods” has been interpreted strictly. The strict application of the two requirements of the Rules (contract of carriage stating cargo as being carried on deck and cargo de facto carried on deck) benefited the shippers when it rendered void the exclusion clauses at the expense of the carriers.

[42] Although the situation at hand is different in that the bill of lading contained no exclusion of liability clause, the conclusions reached namely in *St-Siméon* and *Timberwest*, as well as in *Grace Plastics*, should nonetheless prevail.

(4) Conclusion

[43] The containerized shipment of De Wolf does constitute “goods” within the meaning of the Rules as, even if it was carried on deck, it was not stated as being so carried on the contract of carriage. The Court thus answers the first question in the negative.

B. *In the negative, what are the limitations applicable to the contract of carriage pursuant to the Hague-Visby Rules?*

[44] Having answered the first question in the negative, the Court turns to the second question. For the reasons exposed hereinafter, the Court finds that the limitation of liability provided for in Article IV(5)(a) of the Hague-Visby Rules applies to the situation at hand.

[TRADUCTION] À mon avis, les conclusions auxquelles en est venu le juge d’instance reflètent une interprétation de la définition de « marchandises » qui s’accorde avec la nécessité d’une efficacité commerciale pratique, en ce sens que la certitude est nécessaire aux parties à une transaction commerciale, afin de pouvoir évaluer leurs risques respectifs et décider du prix approprié pour leurs marchandises et services. Il ne s’agit pas d’une interprétation qui engendre une [TRADUCTION] « limitation plus importante [de la liberté de contrat] que celle qu’exige le libellé utilisé », pour citer le juge McFarlane J.A. dans *H.B. Contracting Ltd. v. Northland Shipping (1962) Co. Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 209, au paragraphe 215 (B.C.C.A.).

[41] Dans les affaires mentionnées ci-dessus, l’exclusion incluse dans la définition de « marchandises » a été interprétée de façon rigoureuse. L’application rigoureuse des deux conditions des règles (contrat de transport stipulant que la cargaison est transportée en pontée et cargaison transportée de fait en pontée) a profité aux expéditeurs, parce qu’elle a rendu sans effet les clauses d’exclusion, aux frais des transporteurs.

[42] Bien que la situation en l’espèce soit différente, en ce sens que le connaissement ne contenait aucune clause de non-responsabilité, les décisions rendues dans *St-Siméon* et *Timberwest*, de même que dans *Grace Plastics*, devraient néanmoins prévaloir.

4) Conclusion

[43] Le chargement conteneurisé de De Wolf constitue bien des « marchandises » au sens des règles, puisque même s’il a été transporté en pontée, le contrat de transport n’indiquait pas qu’il serait ainsi transporté. La Cour répond par conséquent à la première question par la négative.

B. *Dans la négative, quelles sont les limitations applicables au contrat de transport en vertu des règles de La Haye-Visby?*

[44] Ayant répondu à la première question par la négative, la Cour se penche maintenant sur la seconde question. Pour les motifs exposés ci-après, la Cour estime que la limitation de responsabilité prévue à l’article IV(5)a) des règles de La Haye-Visby s’applique à la situation en l’espèce.

(1) Legislative provisions

[45] Article IV(2) of the Hague-Visby Rules provides complete exoneration to the carrier and the ship for loss or damage arising or resulting from the circumstances listed in this article, such as acts of war or of public enemies, among others.

[46] Article IV(5)(a) on the other hand provides a limitation of liability to the carrier and the ship “in any event”, while Article IV(5)(e) provides that neither the carrier nor the ship shall be entitled to the benefit of this limitation of liability if “the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result”.

[47] It is worth reproducing Article IV(5)(a):

5 (a) Unless the nature and value of [the] goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading, neither the carrier nor the ship shall in any be or become liable for any loss or damage to or in connection with the goods in an amount exceeding 666.67 units of account per package or unit or 2 units of account per kilogramme of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher. [Emphasis added.]

(2) Doctrine and case law

[48] The late professor Tetley considered the unauthorized on-deck carriage to be a breach of contract of such magnitude that it should cause the carrier to lose the benefit of the exoneration or limitation of liabilities provided for in Article IV of the Hague-Visby Rules. He considered that when the goods are carried on deck without any indication to that effect, “the carrier may not invoke any of the limitations in the contract or of the Hague Rules which might benefit him, because there has been a fundamental breach of the contract” [footnote omitted] (Tetley, at page 1581). Professor

1) Dispositions légales

[45] L'article IV(2) des règles de La Haye-Visby exonère complètement le transporteur et le navire pour perte ou dommage résultant ou provenant des situations énumérées à l'article, comme des faits de guerre ou d'ennemis publics, entre autres.

[46] De l'autre côté, l'article IV(5)a prescrit une limite à la responsabilité du transporteur et du navire, lesquels ne seront « en aucun cas » responsables de pertes ou dommages pour un montant supérieur à la limite indiquée, alors que l'article IV(5)e prescrit que ni le transporteur ni le navire n'auront le droit de bénéficier de cette limitation de responsabilité « s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur qui a eu lieu soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit téméairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement ».

[47] Il y a lieu de reproduire l'article IV(5)a :

5 a) À moins que la nature et la valeur des marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant leur embarquement et que cette déclaration n'ait été insérée dans le connaissement, le transporteur comme le navire ne seront en aucun cas responsables des pertes ou dommages des marchandises ou concernant celles-ci pour une somme supérieure à 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable. [Non souligné dans l'original.]

2) Doctrine et jurisprudence

[48] Le défunt professeur Tetley a estimé que le transport non autorisé en ponté constituait une violation de contrat d'une telle importance qu'elle pouvait amener le transporteur à perdre le droit de bénéficier de l'exonération ou de la limitation de responsabilité prévue à l'article IV des règles de La Haye-Visby. Il a estimé que lorsque les marchandises sont transportées en ponté sans indication à cet effet, [TRADUCTION] « le transporteur ne peut invoquer la limitation de responsabilité prévue au contrat ou dans les règles de La Haye, et qui pourrait lui être profitable, parce qu'il y a eu inexécution

Tetley namely referred to the *St-Siméon* case where the Supreme Court wrote [at page 1179]:

The principle underlying the legislation in question, and the purpose of the Rules annexed thereto, is to prevent shipowners from reducing their liability below the standard contemplated therein. It must be said, therefore, that without the required statement an exclusion of liability for cargo stowed on deck is void, as held by Pilcher J. in *Svenska Traktor v. Maritime Agencies* [[1953] 2 All E.R. 570], and Jackett C.J. in *Grace Plastics Ltd. v. The “Bernd Wesch II”* [[1971] F.C. 273].

[49] Professor Tetley also referred to American case law such as *Searoad Shipping Co. v. E.I. DuPont de Nemours & Co.*, 361 F.2d 833 (5th Cir. 1966) (*Searoad*) where the carrier was found liable for a loss that occurred while the goods were stowed on deck despite issuing a clean bill of lading: “There being no legal justification for this on-deck stowage of cargo shipped pursuant to an under-deck clean bill of lading, this stowage amounted to a deviation casting the shipowner for the loss which was directly and causally related to the deck stowage” (*Searoad*, at paragraph 10). He also referred to *Encyclopaedia Britannica Inc. v. SS Hong Kong Producer*, 422 F.2d 7 (2d Cir. 1969) where the fact that a container was carried on deck without indication on the bill of lading was considered as a deviation depriving the carrier of the \$500 per package limitation of the *Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. s. 1300 (2006)] of the United States.

[50] The England and Wales Court of Appeal, in *The Kapitan Petko Voivoda*, held a different opinion. It rather concluded that unauthorized on-deck carriage constitutes a breach of contract with no special added characteristics, and considered the applicability of exception and limitation clauses to be a question of construction of the contract. It concluded that unauthorized on-deck carriage does not exclude the operation of the Hague Rules nor, more particularly, the limitation of liability provided for in Article IV(5). Moreover, the Court determined

fondamentale du contrat » [note en bas de page omise] (Tetley, à la page 1581). Le professeur Tetley a notamment fait référence à l’affaire *St-Siméon*, pour laquelle la Cour suprême a écrit [à la page 1179] :

Le principe même de la législation dont il s’agit, le but des Règles qui y sont annexées, c’est d’empêcher les armateurs de stipuler une responsabilité moindre que celle qui y est prévue. Il faut donc dire que sans la mention prescrite, une stipulation de non-responsabilité pour une cargaison en pontée est sans effet, comme l’ont décidé M. le Juge Pilcher dans *Svenska Traktor c. Maritime Agencies*, [[1953] 2 A11 E.R. 570], et M. le Juge en chef Jackett dans *Grace Plastics Ltd. c. Le « Bernd Wesch II »*, [[1971] F.C. 273].

[49] Le professeur Tetley a également fait référence à la jurisprudence américaine, notamment à l’affaire *Searoad Shipping Co. v. E.I. DuPont de Nemours & Co.*, 361 F.2d 833 (5th Cir. 1966) (*Searoad*), où le transporteur a été jugé responsable pour une perte survenue alors que les marchandises étaient arrimées en pontée malgré l’émission d’un connaissement net : [TRADUCTION] « Il n’y a aucune justification légale à cet arrimage en pontée d’une cargaison expédiée en vertu d’un connaissement net pour une cargaison transportée en cale, et cet arrimage équivalait à une déviation liant l’armateur pour la perte qui a été directement causée par l’arrimage en pontée » (*Searoad*, au paragraphe 10). Il a également fait référence à l’affaire *Encyclopaedia Britannica Inc. v. SS Hong Kong Producer*, 422 F.2d 7 (2d Cir. 1969), où le fait qu’un conteneur ait été transporté en pontée sans indication à cet effet sur le connaissement a été considéré comme une déviation privant le transporteur de la limite de 500 \$ par colis prévue par la *Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. s. 1300 (2006)] des États-Unis.

[50] La Cour d’Angleterre et du Pays de Galles, dans l’affaire *The Kapitan Petko Voivoda*, a émis une opinion différente. Elle a plutôt conclu que le transport non autorisé en pontée constitue une violation de contrat sans caractéristiques spéciales ajoutées, et a estimé que l’applicabilité des clauses d’exception et de limitation était une question d’interprétation du contrat. Elle a conclu que le transport non autorisé en pontée n’exclut pas l’application des règles de La Haye ni, plus particulièrement, la limitation de responsabilité prévue à l’article

that stowing on deck in breach of contract could not be assimilated to deviation from the contractual voyage or storing goods in a warehouse other than that originally agreed, and that the duty of the Court in such a case “is merely to construe the contract which the parties have made” (at paragraph 15). The words “in any event” of Article IV(5)(a) are interpreted as “in every case” (at paragraph 16), leading the Court to decide that even when a carrier carried cargo on deck in breach of a contract governed by the old Hague Rules, it could “take advantage of Article IV rule 5 to limit his liability for loss or damage to that cargo” (at paragraph 1).

[51] It is worth noting that *The Kapitan Petko Voivoda* decision was rendered under the old Hague Rules. As stated by Simon Baughen in *Shipping Law*, 3rd ed. (London, U.K.: Cavendish Publishing Ltd., 2004), at page 143, “[a] potential drawback of the latter decision is that, under the Hague Rules, a carrier will still be entitled to limit in circumstances in which, under the Hague-Visby Rules, it would have lost the right to limit by virtue of Art IV(5)(e)”.

[52] This situation was also examined in Canada in *Grace Plastics* where the same interpretation prevailed and where Article IV(5)(a) was applied literally. As discussed above, in that case, four parcels were loaded on deck although they were supposed to be stowed under deck. Some of the parcels were damaged, as the result of a failure to make the ship seaworthy (Article III(1) of the Rules). The Court decided that the plaintiff could “take judgement in respect of each of these items for the amount of actual loss or \$500”, hereby referring to Article IV(5) of the old Hague Rules (*Grace Plastics*, at page 291). In reaching its decision, the Court also referred to *Falconbridge Nick Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1969] 2 Ex. C.R. 261, at pages 284 and 285:

IV(5). De plus, la Cour a conclu que l’arrimage en pontée en violation de contrat ne pouvait être assimilé à une déviation du voyage contractuel ou à l’entreposage de marchandises dans un entrepôt autre que celui convenu à l’origine, et que le devoir de la Cour dans un tel cas [TRADUCTION] « est de simplement interpréter le contrat conclu entre les parties » (au paragraphe 15). Les termes anglais « *in any event* » de l’article IV(5)(a) sont interprétés de manière à signifier « *in every case* » (au paragraphe 16), ce qui amène la Cour à conclure que même si le transporteur a transporté une cargaison en pontée en violation d’un contrat régi par les anciennes règles de La Haye, il pouvait [TRADUCTION] « tirer avantage de la règle 5 de l’article IV pour limiter sa responsabilité pour la perte ou le dommage de la cargaison » (au paragraphe 1).

[51] Il convient de souligner que dans l’affaire *The Kapitan Petko Voivoda*, la décision a été rendue en vertu des anciennes règles de La Haye. Comme l’a indiqué Simon Baughen dans l’ouvrage *Shipping Law*, 3^e éd. (Londres, R.-U. : Cavendish Publishing Ltd., 2004), à la page 143, [TRADUCTION] « [u]ne des retombées potentielles de cet arrêt, c’est qu’en vertu des règles de La Haye, un transporteur sera quand même en droit de limiter sa responsabilité dans des circonstances pour lesquelles, en vertu des règles de La Haye-Visby, il aurait perdu le droit de limiter sa responsabilité en application de l’article IV(5)e ».

[52] Ce cas a également été examiné au Canada dans la décision *Grace Plastics*, alors que la même interprétation a prévalu et que l’article IV(5)(a) a été appliqué littéralement. Comme il a été mentionné précédemment, en l’espèce, quatre colis ont été chargés en pontée, malgré qu’ils étaient supposés être arrimés en cale. Certains des colis ont été endommagés, par suite du défaut de mettre le navire en état de navigabilité (article III(1) des règles). La Cour a estimé que la demanderesse pouvait [TRADUCTION] « prendre jugement à l’égard de chacun de ces articles pour le montant correspondant à la perte réelle ou 500 \$ », faisant par là référence à l’article IV(5) des anciennes règles de La Haye (*Grace Plastics*, à la page 291). Pour rendre sa décision, la Cour s’est également appuyée sur l’affaire *Falconbridge Nick Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1969] 2 R.C. de l’É. 261, aux pages 284 et 285 :

The situation, then, if the Rules applied to the tractor and generating set until they were lost, appears to me to be this: If the loss resulted from unseaworthiness of the barge caused by want of due diligence on the part of the carrier to make the barge seaworthy, the exceptions from immunity in Article IV, Rule 2, are of no avail to the carrier, but the limitation of liability in Rule 5, where the words “in any event” are used, applies;

[53] If we stick to “the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, paragraph 1 of Article 31; see also *J.D. Irving, Limited v. Siemens Canada Limited*, 2016 FC 287, at paragraph 32), hereby constructing the words as the England and Wales Court of Appeal did, it appears clear that the words “in any event” used in Article IV(5)(a) mean “in every case” and encompass the case at bar. This can also be inferred from the French wording “*en aucun cas responsables*”, which can be translated as “in no way responsible”. Neither the wording of Article IV(5)(a) nor the context of the article suggest that “in any event” refers to the events listed under Article IV(2). Hence, the only exception to the limitation rule set out in Article IV(5)(a) is the one provided by Article IV(5)(e), discussed further below.

[54] De Wolf submits that bad faith should bar a carrier from the benefits of the Hague-Visby Rules. However, there is no evidence before the Court that Traffic-Tech actually acted in bad faith as no evidence is to be tendered in these proceedings. Hence, it is not for this Court to assess whether Traffic-Tech acted in bad faith or not.

[55] Finally, on the issue of fundamental breach, the Supreme Court of Canada made it clear that “the time has come to lay this doctrine to rest” (*Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paragraph 62). The

[TRANSDUCTION] Par conséquent, dans l'éventualité où les Règles s'appliquaient au tracteur et à l'ensemble générateur, la situation m'apparaît telle : si la perte résultait du mauvais état de navigabilité du chaland, causé par un manque de diligence raisonnable de la part du voiturier pour mettre le bâtiment en bon état de navigabilité, le transporteur ne peut se prévaloir des exceptions à l'immunité prévues à la règle 2 de l'article IV; cependant, la limitation de la responsabilité prévue à la règle 5, où les termes « en aucun cas » sont utilisés, s'applique.

[53] Si nous collons au « sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, paragraphe (1) de l'article 31; voir également *J.D. Irving, Limited c. Siemens Canada Limited*, 2016 CF 287, au paragraphe 32), interprétant par la présente les termes employés comme l'a fait la Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, il semble clair que les termes anglais « *in any event* » utilisés à l'article IV(5)a signifient « *in every case* » et couvrent le présent litige. On peut également déduire la même chose du libellé en français « en aucun cas responsables », lequel peut se traduire en anglais par l'expression « *in no way responsible* ». Ni le libellé de l'article IV(5)a ni le contexte de l'article ne laisse croire que les termes « *in any event* » font référence aux situations énumérées à l'article IV(2). Ainsi, la seule exception à la règle de limitation énoncée à l'article IV(5)a est celle prévue à l'article IV(5)e, dont il sera question plus loin.

[54] De Wolf affirme que la mauvaise foi devrait empêcher un transporteur de profiter des avantages prévus aux règles de La Haye-Visby. Toutefois, la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve montrant que Traffic-Tech a réellement agi de mauvaise foi, puisque les parties ne peuvent déposer d'éléments de preuve dans la présente instance. Par conséquent, la Cour n'a pas à décider si Traffic-Tech a agi ou non de mauvaise foi.

[55] Enfin, concernant la question de l'inexécution fondamentale, la Cour suprême du Canada a clairement énoncé que « le temps est venu de donner le coup de grâce au principe de l'inexécution fondamentale » (*Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports*

Court notes that Professor Tetley associated the unauthorized on-deck stowage to a fundamental breach of contract in its *Marine Cargo Claims* book, published in 2008, hence two years before the aforementioned decision of the Supreme Court of Canada was rendered. Interpreting the words “in any event” as “in every case” is thus compatible with the exclusion of the doctrine of fundamental breach in Canadian law.

[56] De Wolf argues that Traffic-Tech cannot invoke the benefit of the limitations of liability contained in Article IV(5)(a), hereby relying on Article IV(5)(e) of the Hague-Visby Rules. Traffic-Tech submits that this exception is not at play as, while De Wolf alleges that the damage was caused by Traffic-Tech’s negligence, “the proceedings contain no allegation or proof of the damage having been caused with the intent or knowledge on the part of the Defendant that the damages would occur” (defendant’s memorandum of fact and law, at paragraph 23).

[57] The Court sides with Traffic-Tech as, once again, it is not for the Court to decide if Article IV(5)(e) applies in these proceedings as this would require an assessment of the facts.

(3) Conclusion

[58] Traffic-Tech may invoke the limitation of liability provided for at Article IV(5)(a) of the Hague-Visby Rules, despite the unauthorised on-deck carriage. Hence the limitations applicable to the contract of carriage pursuant to the Hague-Visby Rules shall not exceed “666.67 units of account per package or unit or 2 units of account per kilogramme of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher” pursuant to Article IV(5)(a).

[59] Whether the exception provided at Article IV(5)(e) applies or not is not for this Court to examine or decide.

et Voirie), 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, au paragraphe 62). La Cour souligne que le professeur Tetley a associé l’arrimage non autorisé en pontée à une inexécution fondamentale du contrat dans son ouvrage intitulé *Marine Cargo Claims*, publié en 2008, soit deux ans avant la décision susmentionnée de la Cour suprême du Canada. Interpréter les termes « *in any event* » comme signifiant « *in every case* » est donc compatible avec l’exclusion du principe de l’inexécution fondamentale du droit canadien.

[56] De Wolf affirme que Traffic-Tech ne peut invoquer le droit à la limitation de responsabilité prévue à l’article IV(5)(a), s’appuyant pour cela sur l’article IV(5)(e) des règles de La Haye-Visby. Traffic-Tech affirme que cette exception n’est pas en jeu, puisque, même si De Wolf allègue que les dommages ont été causés par la négligence de Traffic-Tech, [TRADUCTION] « l’instance ne contient aucune allégation ni aucun élément de preuve selon lesquels les dommages ont été causés avec l’intention de la part du défendeur de provoquer un dommage, ou avec la conscience qu’un dommage en résulterait » (mémoire des faits et du droit du défendeur, au paragraphe 23).

[57] La Cour se range aux arguments de Traffic-Tech puisqu’une fois encore, il ne revient pas à la Cour de décider si l’article IV(5)(e) s’applique en l’espèce, étant donné qu’il faudrait pour ce faire évaluer les faits.

3) Conclusion

[58] Traffic-Tech peut invoquer la limitation de responsabilité prévue à l’article IV(5)(a) des règles de La Haye-Visby, malgré le transport non autorisé en pontée. Par conséquent, les limitations applicables au contrat de transport en vertu des règles de La Haye-Visby ne doivent pas dépasser « 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable », conformément à l’article IV(5)(a).

[59] Il ne revient pas à la Cour de décider si l’exception prévue à l’article IV(5)(e) s’applique, ou de se pencher sur la question.

ORDER

THIS COURT'S ORDER is that:

1. The undeclared on-deck carriage of the cargo under the Traffic-Tech bill of lading does not prevent the defendant from relying on the Hague-Visby Rules;
2. The applicable limitations to the contract of carriage are the ones provided for in Article IV(5)(a) of the Hague-Visby Rules. The limitation applicable to the bill of lading is 666.67 units of account per package or unit or 2 units of account per kilogramme of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher, the whole pursuant to Article IV(5)(a) of the Hague-Visby Rules;
3. Costs are granted in favor of the defendant (moving party).

Annex

Hague-Visby Rules, Arts. IV(2), IV *bis*, being Schedule 3 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6

Article IV

Rights and Immunities

...

2 Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from

(a) act, neglect, or default of the master, mariner, pilot or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship;

(b) fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier;

(c) perils, dangers and accidents of the sea or other navigable waters;

(d) act of God;

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. Le transport non déclaré de la cargaison en pontée en vertu du connaissement de Traffic-Tech n'empêche pas la défenderesse d'invoquer les règles de La Haye-Visby;
2. Les limitations applicables au contrat de transport sont celles prévues à l'article IV(5)a) des règles de La Haye-Visby. La limitation applicable au connaissement est 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable, en vertu de l'article IV(5)a) des règles de La Haye-Visby;
3. Des dépens sont accordés à la défenderesse (requérante).

Annexe

Règles de La Haye-Visby, art. IV(2), IV *bis*, constituant l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6

Article IV

Droits et exonérations

[...]

2 Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant :

a) des actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote ou des préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire;

b) d'un incendie, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur;

c) des périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;

d) d'un « acte de Dieu »;

- | | |
|---|--|
| <p>(e) act of war;</p> <p>(f) act of public enemies;</p> <p>(g) arrest or restraint of princes, rulers or people, or seizure under legal process;</p> <p>(h) quarantine restrictions;</p> <p>(i) act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative;</p> <p>(j) strikes or lock-outs or stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general;</p> <p>(k) riots and civil commotions;</p> <p>(l) saving or attempting to save life or property at sea;</p> <p>(m) wastage in bulk or weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality or vice of the goods;</p> <p>(n) insufficiency of packing;</p> <p>(o) insufficiency or inadequacy of marks;</p> <p>(p) latent defects not discoverable by due diligence;</p> <p>(q) any other cause arising without the actual fault and privity of the carrier, or without the fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.</p> | <p>e) de faits de guerre;</p> <p>f) du fait d'ennemis publics;</p> <p>g) d'un arrêt ou contrainte de prince, autorité ou peuple ou d'une saisie judiciaire;</p> <p>h) d'une restriction de quarantaine;</p> <p>i) d'un acte ou d'une omission du chargeur ou propriétaire des marchandises, de son agent ou représentant;</p> <p>j) de grèves ou lock-out ou d'arrêts ou entraves apportés au travail, pour quelque cause que ce soit, partiellement ou complètement;</p> <p>k) d'émeutes ou de troubles civils;</p> <p>l) d'un sauvetage ou tentative de sauvetage de vies ou de biens en mer;</p> <p>m) de la freinte en volume ou en poids ou de toute autre perte ou dommage résultant de vice caché, nature spéciale ou vice propre de la marchandise;</p> <p>n) d'une insuffisance d'emballage;</p> <p>o) d'une insuffisance ou imperfection de marques;</p> <p>p) de vices cachés échappant à une diligence raisonnable;</p> <p>q) de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle ni le fait du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage.</p> |
|---|--|

...

[...]

Article IV *bis*

Application of Defences and Limits of Liability

1 The defences and limits of liability provided for in these Rules shall apply in any action against the carrier in respect of loss or damage to goods covered by a contract of carriage whether the action be founded in contract or in tort.

Article IV *bis*

Application des exonérations et limitations

1 Les exonérations et limitations prévues par les présentes règles sont applicables à toute action contre le transporteur en réparation de pertes ou dommages à des marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport, que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou sur une responsabilité extracontractuelle.

2 If such an action is brought against a servant or agent of the carrier (such servant or agent not being an independent contractor), such servant or agent shall be entitled to avail himself of the defences and limits of liability which the carrier is entitled to invoke under these Rules.

3 The aggregate of the amounts recoverable from the carrier, and such servants and agents, shall in no case exceed the limit provided for in these Rules.

4 Nevertheless, a servant or agent of the carrier shall not be entitled to avail himself of the provisions of this Article, if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the servant or agent done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result.

2 Si une telle action est intentée contre un préposé du transporteur, ce préposé pourra se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité que le transporteur peut invoquer en vertu des présentes règles.

3 L'ensemble des montants mis à la charge du transporteur et de ses préposés ne dépassera pas dans ce cas la limite prévue par les présentes règles.

4 Toutefois le préposé ne pourra se prévaloir des dispositions du présent article, s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission de ce préposé qui a eu lieu soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit téméairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement.

T-1248-15
2017 FC 114

T-1248-15
2017 CF 114

A.T. (*Applicant*)

A.T. (*demandeur*)

v.

c.

Globe24h.com and Sebastian Radulescu (*Respondents*)

Globe24h.com et Sebastian Radulescu (*défendeurs*)

and

et

The Privacy Commissioner of Canada (*Added respondent*)

Le commissaire à la protection de la vie privée du Canada (*codéfendeur*)

INDEXED AS: A.T. v. GLOBE24H.COM

RÉPERTORIÉ : A.T. c. GLOBE24H.COM

Federal Court, Mosley J.—Calgary, November 9, 2016; Ottawa, January 30, 2017.

Cour fédérale, juge Mosley—Calgary, 9 novembre 2016; Ottawa, 30 janvier 2017.

Privacy — Personal Information Protection and Electronic Documents Act — Application under PIPEDA, s. 14 stemming from Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPCC) report determining that applicant’s complaints against respondents well-founded — Respondent Sebastian Radulescu republishing Canadian decisions on Romanian-based website Globe24h.com — Decisions therein indexed, revealing individuals’ names, sensitive information through search engines such as Google — Applicant’s labour relations case republished on Globe24h.com — Respondent requiring fee from applicant to remove his personal information from Globe24h.com — OPCC concluding, inter alia, PIPEDA applying to Globe24h.com; journalistic purpose exception (PIPEDA, s. 4(2)(c)), publicly available information exception (PIPEDA, ss. 7(1)(d), 7(2)(c.1), 7(3)(h.1)) not applying to Globe24h.com’s activities; underlying purpose of Globe24h.com not appropriate under PIPEDA, s. 5(3) — Whether: PIPEDA having extraterritorial application to Globe24h.com; respondent’s purpose “appropriate”; “publicly available” exception applying — PIPEDA applying to respondents’ activities — Issue herein whether real, substantial connection between respondents, Canada — Physical location not determinative — Content at issue, target audience, impact on Canadians connecting factors — Principle of comity not offended where foreign activity having unlawful consequences in Canada — Given involvement of Romanian counterpart to OPCC, Court’s findings complementing any action taken in Romanian court — Respondent “organization” within meaning of PIPEDA, s. 4(1)(a) — Respondent’s claimed purpose not “journalistic” — Exemption under PIPEDA, s. 4(2)(c) only applying where information collected, used or disclosed exclusively for journalistic purposes — Balance having to be struck between

Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques — Demande fondée sur l’art. 14 de la LPRPDE découlant d’un rapport du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP), dans lequel ce dernier a déterminé que les requêtes du demandeur contre les défendeurs sont bien fondées — Le défendeur Sebastian Radulescu republie des décisions de cours et de tribunaux canadiens sur un site Web situé en Roumanie, Globe24h.com — Les décisions publiées sur ce site sont indexées et révèlent le nom d’une personne et des renseignements personnels de nature délicate si l’on utilise un moteur de recherche comme Google — Une instance de relations de travail du demandeur a été republiée sur Globe24h.com — Le défendeur exigeait que le demandeur paie des frais pour supprimer ses renseignements personnels du Globe24h.com — Le CPVP a conclu, entre autres, que la LPRPDE peut s’appliquer au site Globe24h.com; que l’exception « à des fins journalistiques » (art. 4(2)c) de la LPRPDE) et que l’exception concernant un renseignement réglementaire auquel le public a accès (7(1)d), 7(2)c.1) et 7(3)h.1 de la LPRPDE) ne s’appliquaient pas aux activités de Globe24h.com; et que l’objectif sous-jacent du site Globe24h.com n’était pas acceptable en vertu de l’art. 5(3) de la LPRPDE — Il s’agissait de savoir si la LPRPDE a une portée extraterritoriale et si elle s’applique au site Globe24h.com; si l’objectif du défendeur est « acceptable » et si l’exception de l’accessibilité au public s’applique — La LPRPDE s’applique aux activités des défendeurs — La question en l’espèce était de savoir s’il y a eu un lien réel et important entre les défendeurs et le Canada — Le lieu physique n’est pas un facteur déterminant — Le contenu en question, le public cible et les répercussions sur les Canadiens sont des facteurs de rattachement — Le principe de

open courts principle, increasing online access to court records where privacy, security at issue — Respondent needlessly exposing sensitive personal information of participants in justice system — “Publicly available” exception under PIPEDA, s. 7 not available to respondent — Judicial documents publicly available only under certain conditions — Broadly crafted corrective order granted under PIPEDA, s. 16(a) — Damages awarded — Application allowed.

This was an application under section 14 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) stemming from a report of findings prepared by the Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPCC) wherein the OPCC determined that the applicant’s complaints against the respondents are well-founded.

The respondent Sebastian Radulescu is the sole owner and operator of Globe24h.com, a Romanian-based website that republishes public documents, including Canadian court and tribunal decisions that are available on Canadian legal websites. Notably, the content of the Canadian legal websites is generally not indexed by search engines such as Google, whereas decisions that are republished on Globe24h.com are so indexed. Thus, a decision containing an individual’s name will generally appear in search results when a name is entered in a search engine. Many individuals complained to the OPCC alleging that decisions posted on Globe24h.com contained sensitive personal information about them or their family members. The complainants particularly objected to the fact that the respondent was seeking payment for the removal of the personal information from the website.

The applicant was a party in labour relations proceedings involving his former employer. A decision by the Alberta Labour Board concerning his case was republished through Globe24h.com. The applicant contacted Globe24h.com and

la courtoisie n’est pas enfreint lorsqu’une activité se déroule à l’étranger, mais qu’elle a des conséquences illégales au Canada — Étant donné la participation de l’équivalent roumain du CPVP, les conclusions de la Cour ajouteraient un complément aux mesures prises devant la Cour roumaine — Le défendeur est une « organisation » au sens de l’art. 4(1)a) de la LPRPDE — L’objectif déclaré du défendeur ne peut être considéré comme « journalistique » — L’exemption de l’art. 4(2)c) ne s’applique que lorsque les renseignements sont collectés, utilisés ou publiés exclusivement à des fins journalistiques — Il faut trouver un équilibre entre le principe de la transparence de la justice et l’accès en ligne accru aux dossiers judiciaires où la vie privée et la sécurité des participants aux procédures judiciaires feront l’objet de débats — Les gestes du défendeur entraînent une visibilité inutile des renseignements personnels confidentiels des participants au système de justice — Le défendeur ne peut s’appuyer sur l’exception de « l’accessibilité au public » selon l’art. 7 de la LPRPDE — Les dossiers ou documents judiciaires sont accessibles au public sous certaines conditions — Une ordonnance de mesure corrective élaborée en termes généraux a été accordée conformément à l’art. 16a) de la LPRPDE — Des dommages-intérêts ont été accordés — Demande accueillie.

Il s’agissait d’une demande fondée sur l’article 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) découlant d’un rapport de conclusions préparé par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP), dans lequel ce dernier a déterminé que les requêtes du demandeur contre les défendeurs sont bien fondées.

Le défendeur Sebastian Radulescu est le seul propriétaire et exploitant de Globe24h.com, un site Web situé en Roumanie qui republie des documents publics, notamment des décisions de cours et de tribunaux canadiens qui sont également accessibles à partir de sites Web juridiques canadiens. Il convient de noter que le contenu des sites Web juridiques canadiens n’est généralement pas indexé par les moteurs de recherche comme Google, alors que les décisions republiées sur Globe24h.com le sont. Ainsi, une décision comportant le nom d’une personne apparaît généralement dans les résultats de recherche lorsque le nom de cette personne est recherché au moyen de ces moteurs de recherche. De nombreuses personnes se sont plaintes au CPVP et ont affirmé que les décisions affichées sur Globe24h.com comportaient des renseignements personnels de nature délicate à leur sujet ou au sujet des membres de leur famille. Les plaignants s’opposaient particulièrement au fait que le défendeur demandait un paiement pour la suppression des renseignements personnels du site Web.

Le demandeur était partie à une instance de relations de travail visant son ancien employeur. Une décision de l’Alberta Labour Board concernant son cas avait été republiée par Globe24h.com. Le demandeur a communiqué avec

requested that his personal information be removed. The respondent informed the applicant that he would have to pay a fee to remove his information. The Romanian counterpart to the OPCC fined the respondent for contravening Romanian data protection laws. The OPCC concluded, *inter alia*, that PIPEDA applies to Globe24h.com as a foreign-based organization; that the journalistic purpose exception under paragraph 4(2)(c) of PIPEDA does not apply to the respondent's activities; that the underlying purpose of Globe24h.com cannot be considered as appropriate from the perspective of a reasonable person under subsection 5(3) of PIPEDA; and that the publicly available information exception (PIPEDA, ss. 7(1)(d), 7(2)(c.1) and 7(3)(h.1)) does not apply to Globe24h.com's activities.

The main issues were whether PIPEDA has an extraterritorial application to Globe24h.com as a foreign-based organization; whether the respondent's purpose for collecting, using and disclosing personal information is "appropriate" under paragraph 5(3) of PIPEDA; and whether the "publicly available" exception applies to the personal information republished on Globe24h.com under section 7 of PIPEDA.

Held, the application should be allowed.

As the respondents are foreign-based, the issue herein was whether there is a real and substantial connection between them and Canada to find that PIPEDA applies to their activities. When an organization's activities take place exclusively through a website, the physical location of the website operator and host server is not determinative because telecommunications occur "both here and there". The OPCC highlighted three key connecting factors between Globe24h.com and Canada: the content at issue, i.e. Canadian court and tribunal decisions containing personal information; the website's target audience, i.e. Canadians; and the impact of the website on members of the Canadian public. Efforts by the Romanian authorities to curtail the respondent's activities and their cooperation with the OPCC investigation are not sufficient reason not to exercise PIPEDA's jurisdiction in this context. The principle of comity is not offended where an activity takes place abroad but has unlawful consequences here. Legitimate judicial acts should be respected and enforcement not sidetracked or ignored. The legitimate judicial acts of the Court would not be seen as offending the principle of comity. Given the involvement of the Romanian counterpart to the OPCC, the Court's findings would complement rather than offend any action that may be taken in a Romanian court.

Globe24h.com et a demandé que ses renseignements personnels soient supprimés. Le défendeur lui a dit qu'il devrait payer des frais pour le faire. L'équivalent roumain du CPVP a infligé une amende au défendeur pour avoir enfreint les lois roumaines en matière de protection des données. Le CPVP a conclu, entre autres, que la LPRPDE s'applique au site Globe24h.com en tant qu'organisation étrangère; que l'exception « à des fins journalistiques » prévue à l'alinéa 4(2)c) de la LPRPDE ne s'applique pas aux activités du défendeur; que l'objectif sous-jacent du site Globe24h.com ne peut être considéré comme étant à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables en vertu du paragraphe 5(3) de la LPRPDE; et que l'exception concernant un renseignement réglementaire auquel le public a accès (7(1)d), 7(2)c.1) et 7(3)h.1) de la LPRPDE ne s'applique pas aux activités de Globe24h.com.

Il s'agissait principalement de savoir si la LPRPDE a une portée extraterritoriale et si elle s'applique au site Globe24h.com en tant qu'organisation étrangère; si l'objectif du défendeur en ce qui concerne la collecte, l'utilisation et la publication des renseignements personnels est « acceptable » au sens du paragraphe 5(3) de la LPRPDE; et si l'exception de l'accessibilité au public s'applique aux renseignements personnels reproduits sur Globe24h.com selon l'article 7 de la LPRPDE.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Étant donné que les défendeurs sont basés à l'étranger, la question en l'espèce était de savoir s'il y a eu un lien réel et important entre eux et le Canada pour conclure que la LPRPDE s'applique à leurs activités. Lorsque les activités d'une organisation se déroulent exclusivement par l'intermédiaire d'un site Web, le lieu d'origine de l'exploitant du site Web ou du serveur hôte n'est pas un facteur déterminant parce que les télécommunications se situent « à la fois ici et à l'autre endroit ». Le CPVP a souligné trois facteurs de rattachement clés entre Globe24h.com et le Canada : le contenu dont il est question est constitué de décisions de cours et de tribunaux canadiens et il contient des renseignements personnels; le site Web cible directement les Canadiens; et les répercussions du site Web sont ressenties par les membres du public canadien. Le fait que les autorités roumaines aient agi pour restreindre les activités du défendeur et qu'elles ont coopéré à l'enquête du CPVP n'est pas suffisant pour ne pas exercer la compétence de la LPRPDE dans ce contexte. Le principe de la courtoisie n'est pas enfreint lorsqu'une activité se déroule à l'étranger, mais qu'elle a des conséquences illégales ici. Il convient de respecter et d'exécuter les actes judiciaires légitimes et non pas de les écarter ou d'en faire abstraction. Les actes judiciaires légitimes de la Cour ne seraient pas considérés comme une violation du principe de la courtoisie. Étant donné la participation de l'équivalent roumain du CPVP, les conclusions de la Cour ajouteraient un complément aux mesures prises devant la Cour roumaine plutôt que d'aller à leur rencontre.

The respondent is an “organization” within the meaning of paragraph 4(1)(a) of PIPEDA and his activities are commercial in nature. The respondent’s claimed purpose “to make law accessible for free on the Internet” on Globe24h.com cannot be considered “journalistic”. The respondent’s primary purpose is to incentivize individuals to pay to have their personal information removed from the website. Even if the respondent’s activities could be considered journalistic in part, the exemption under paragraph 4(2)(c) only applies where the information is collected, used or disclosed *exclusively* for journalistic purposes. A reasonable person would not consider the respondent to have a *bona fide* business interest. A balance must be struck between the open courts principle and increasing online access to court records where the privacy and security of participants in judicial proceedings will be at issue. The respondent’s actions result in needless exposure of sensitive personal information of participants in the justice system via search engines.

There is no reasonable basis on which the respondent could rely on the “publicly available” exception under section 7 of PIPEDA. Section 7 must be read in conjunction with paragraph 1(d) of the *Regulations Specifying Publicly Available Information*, which specify that records or documents of judicial or quasi-judicial bodies are to be considered publicly available provided certain conditions are met. The respondent’s purposes in republishing decisions do not “relate directly” to the purpose for which the personal information appears in the decisions.

Finally, a broadly crafted corrective order requiring the respondent to correct his practices to comply with sections 5 to 10 of PIPEDA was granted under section 16(a) of PIPEDA. The respondent’s breach was egregious because the respondent essentially made a business of exploiting the privacy of individuals for profit. Damages were awarded based largely on the conduct of the respondent.

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].
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 38, 305.
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5.

Le défendeur est une « organisation » au sens de l’alinéa 4(1)a) de la LPRPDE et ses activités sont de nature commerciale. L’objectif déclaré du défendeur de « rendre la loi accessible gratuitement sur Internet » par l’intermédiaire de Globe24h.com ne peut être considéré comme « journalistique ». Le premier objectif du défendeur consiste à inciter les individus à payer pour que leurs renseignements personnels soient retirés du site Web. Même si les activités du défendeur peuvent être considérées comme partiellement journalistiques, l’exemption de l’alinéa 4(2)c) ne s’applique que lorsque les renseignements sont collectés, utilisés ou publiés *exclusivement* à des fins journalistiques. Aucune personne raisonnable ne considérerait que le défendeur a un véritable intérêt commercial. Il faut trouver un équilibre entre le principe de la transparence de la justice et l’accès en ligne accru aux dossiers judiciaires où la vie privée et la sécurité des participants aux procédures judiciaires feront l’objet de débats. Les gestes du défendeur entraînent, par le biais des moteurs de recherche, une visibilité inutile des renseignements personnels confidentiels des participants au système de justice.

Il n’existe aucun fondement raisonnable permettant au défendeur de s’appuyer sur l’exception de « l’accessibilité au public » selon l’article 7 de la LPRPDE. L’article 7 doit se lire conjointement avec l’alinéa 1d) du *Règlement précisant les renseignements auxquels le public a accès*, qui précise que les dossiers ou documents des organismes judiciaires et quasi-judiciaires doivent être considérés comme accessibles au public à condition que certaines exigences soient respectées. Les objectifs du défendeur en reproduisant les décisions ne sont pas « directement reliés » à l’objectif pour lequel les renseignements personnels apparaissent dans les décisions.

Enfin, une ordonnance de mesure corrective élaborée en termes généraux exigeant que le défendeur corrige ses pratiques afin de se conformer aux dispositions des articles 5 à 10 de la Loi a été accordée conformément à l’alinéa 16a) de la LPRPDE. L’infraction du défendeur était grave, parce que celui-ci a fait essentiellement un commerce de l’exploitation de la vie privée de personnes dans un but lucratif. Des dommages-intérêts ont été accordés compte tenu principalement du comportement du défendeur.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 53.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 2

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 2 “organization”, “personal information”, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 16, Sch. I, clause 4.3.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 53.
Regulations Specifying Publicly Available Information, SOR/2001-7, s. 1(d).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, The Hague, 15 November 1965, [1989] Can. T.S. No. 2.

CASES CITED

APPLIED:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Equustek Solutions Inc. v. Google Inc.*, 2015 BCCA 265, 386 D.L.R. (4th) 224, leave to appeal to S.C.C. granted [2016] 1 S.C.R. xi; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69.

DISTINGUISHED:

Club Resorts Ltd. v. Van Breda, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572.

CONSIDERED:

United Food and Commercial Workers, Local 401 v. Alberta (Attorney General), 2012 ABCA 130 (CanLII), 522 A.R. 197, affd 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 O.R. (3d) 416 (C.A.); *Englander v. Telus Communications Inc.*, 2004 FCA 387, [2005] 2 F.C.R. 572; *Donaghy v. Scotia Capital Inc.*, 2007 FC 224, 320 F.T.R. 9; *Jodhan v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 161, [2014] 1 F.C.R. 185, affg 2010 FC 1197, [2011] 2 F.C.R. 355; *Nammo v. TransUnion of Canada Inc.*, 2010 FC 1284, [2012] 3 F.C.R. 600; *Girao v. Zarek Taylor Grossman, Hanrahan LLP*, 2011 FC 1070, 338 D.L.R. (4th) 262.

REFERRED TO:

A.B. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 325, [2010] 2 F.C.R. 75; *E.F. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 842, 37 Imm.

« organisation », « renseignement personnel », 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 16, ann. I, art. 4.3.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42.
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5.
Règlement précisant les renseignements auxquels le public a accès, DORS/2001-7, art. 1d).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 38, 305.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, La Haye, 15 novembre 1965, [1989] R.T. Can. n° 2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Equustek Solutions Inc. v. Google Inc.*, 2015 BCCA 265, 386 D.L.R. (4th) 224, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2016] 1 R.C.S. xi; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Club Resorts Ltd. c. Van Breda, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

United Food and Commercial Workers, Local 401 v. Alberta (Attorney General), 2012 ABCA 130 (CanLII), 522 A.R. 197, conf. par 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 O.R. (3d) 416 (C.A.); *Englander c. Telus Communications Inc.*, 2004 CAF 387, [2005] 2 R.C.F. 572; *Donaghy c. Scotia Capital Inc.*, 2007 CF 224; *Jodhan c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 161, [2014] 1 R.C.F. 185, confirmant 2010 CF 1197, [2011] 2 R.C.F. 355; *Nammo c. TransUnion of Canada Inc.*, 2010 CF 1284, [2012] 3 R.C.F. 600; *Girao c. Zarek Taylor Grossman, Hanrahan LLP*, 2011 CF 1070.

DÉCISIONS CITÉES :

A.B. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 325, [2010] 2 R.C.F. 75; *E.F. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 842; *Lawson*

L.R. (4th) 152; *Lawson v. Accusearch Inc.*, 2007 FC 125, [2007] 4 F.C.R. 314; *Davydiuk v. Internet Archive Canada*, 2014 FC 944, 127 C.P.R. (4th) 262; *Desjean v. Intermix Media, Inc.*, 2006 FC 1395, [2007] 4 F.C.R. 151, affd 2007 FCA 365, 41 B.L.R. (4th) 78; *Turner v. Telus Communications Inc.*, 2005 FC 1601, 284 F.T.R. 38, affd 2007 FCA 21, [2007] 4 F.C.R. 368; *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 SCC 20, [2007] 1 S.C.R. 867; *APC v. Auchan Telecom*, 11/60013, Judgment (28 November 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *Mc Keogh v. John Doe 1 & Ors*, [2012] IEHC 95; *Mosley v. Google*, 11/07970, Judgment (6 November 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *ECJ Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Espanola de Protección de Datos, Mario Costeja González*, C-131/12 [2014], CURIA; *Townsend v. Sun Life Financial*, 2012 FC 550, 103 C.P.R. (4th) 424; *Chitrakar v. Bell TV*, 2013 FC 1103, 441 F.T.R. 254.

c. Accusearch Inc., 2007 CF 125, [2007] 4 R.C.F. 314; *Davydiuk c. Internet Archive Canada*, 2014 CF 944; *Desjean c. Intermix Media, Inc.*, 2006 CF 1395, [2007] 4 R.C.F. 151, conf. par 2007 CAF 365; *Turner c. Telus Communications Inc.*, 2005 CF 1601, conf. par 2007 CAF 21, [2007] 4 R.C.F. 368; *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 CSC 20, [2007] 1 R.C.S. 867; *APC c. Auchan Telecom*, 11/60013, jugement (28 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *Mc Keogh v. John Doe 1 & Ors*, [2012] IEHC 95; *Mosley c. Google*, 11/07970, jugement (6 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *ECJ Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Espanola de Protección de Datos, Mario Costeja González*, C-131/12 [2014], CURIA; *Townsend c. Financière Sun Life*, 2012 CF 550; *Chitrakar c. Bell TV*, 2013 CF 1103.

AUTHORS CITED

Canadian Judicial Council. *Model Policy for Access to Court Records in Canada*, September 2005.
Office of the Privacy Commissioner of Canada. PIPEDA Report of Findings #2015-002, June 5, 2015.
Organization for Economic Co-operation and Development. *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf, Toronto: Canada Law Book, November 2002.

APPLICATION under section 14 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* stemming from a report of findings (PIPEDA Report of Findings #2015-002) prepared by the Office of the Privacy Commissioner of Canada determining that the applicant's complaints against the respondents are well-founded. Application allowed.

APPEARANCES

A.T., on his own behalf.
Regan Morris and *Sarah Speevak* for added respondent.

DOCTRINE CITÉE

Commissariat à la protection de la vie privée du Canada. Rapport de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2015-002, le 5 juin 2015.
Conseil canadien de la magistrature. *Modèle de politique sur l'accès aux archives judiciaires au Canada*, septembre 2005.
Organisation de coopération et de développement économiques. *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, feuilles mobiles, Toronto : Canada Law Book, novembre 2002.

DEMANDE fondée sur l'article 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* découlant d'un rapport de conclusions (Rapport de conclusions sur la LPRPDE n° 2015-002) préparé par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada ayant déterminé que les requêtes du demandeur contre les défendeurs sont bien fondées. Demande accueillie.

ONT COMPARU

A.T., pour son propre compte.
Regan Morris et *Sarah Speevak* pour le codéfendeur.

SOLICITORS OF RECORD

*Office of the Privacy Commissioner of Canada,
Gatineau, for added respondent.*

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

MOSLEY J.:

I. INTRODUCTION

[1] This *de novo* application under section 14 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA or the Act) raises questions about the open courts principle, international comity, and extraterritoriality in a digital age.

[2] The application stems from a report of findings dated June 5, 2015 [PIPEDA Report of Findings #2015-002], prepared by the Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPCC) wherein the OPCC determined that the applicant's complaints against the Romania-based respondents, Sebastian Radulescu and Globe24h.com, are well-founded.

[3] For the reasons that follow, the application will be granted and judgment rendered in favour of the applicant.

II. BACKGROUND

A. *The parties*

[4] The applicant, A.T., resides in Calgary, Alberta. He is originally from Romania and continues to have family there. At his request, and having considered the open court principle, the Court has agreed to substitute initials for his name to offer a measure of protection of his identity. His full name appears in Court documents served on the respondents in this matter but will not appear in the public online version of this decision.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Commissariat à la protection de la vie privée du
Canada, Gatineau, pour le codéfendeur.*

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

LE JUGE MOSLEY :

I. INTRODUCTION

[1] La présente demande *de novo* fondée sur l'article 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (la LPRPDE ou la Loi) soulève des questions à l'égard du principe de la publicité des débats judiciaires, de la courtoisie internationale et de l'extraterritorialité à l'ère numérique.

[2] La demande découle d'un rapport de conclusions daté du 5 juin 2015 [Rapport de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2015-002], préparé par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP), dans lequel ce dernier a déterminé que les requêtes du demandeur contre les défendeurs situés en Roumanie, Sebastian Radulescu et Globe24h.com, sont bien fondées.

[3] Pour les motifs qui suivent, la demande sera accueillie et le jugement prononcé en faveur du demandeur.

II. CONTEXTE

A. *Les parties*

[4] Le demandeur, A.T., réside à Calgary, en Alberta. Il est originaire de la Roumanie où il a encore de la famille. À sa demande, et après avoir examiné le principe de la publicité des débats judiciaires, la Cour a accepté de remplacer son nom par des initiales pour offrir une certaine protection de son identité. Son nom complet apparaît dans les documents judiciaires qui ont été signifiés aux défendeurs en l'espèce, mais n'apparaîtra pas dans la version publique en ligne de la présente décision.

[5] The respondent Sebastian Radulescu is the sole owner and operator of Globe24h.com, a Romanian-based website that republishes public documents from a number of countries, particularly Canada. While Globe24h.com has also been named as a respondent in this application, there is no evidence in the record that the website is a separate legal entity or that anyone other than Mr. Radulescu controls the website. I will refer to Mr. Radulescu and Globe24h.com collectively as the respondent.

[6] On October 30, 2015, the respondent was served with the notice of application and supporting materials pursuant to the *Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, The Hague, 15 November 1965, [1989] Can. T.S. No. 2 (The Hague Convention). The respondent has not filed a notice of appearance under rule 305 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (FCR), and did not participate in this proceeding. Upon being satisfied that the respondent was given notice of the date and place of the hearing, the Court proceeded in the absence of the respondent in accordance with rule 38 of the FCR.

[7] The Privacy Commissioner of Canada (the Commissioner), appointed under section 53 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, is assigned responsibilities under PIPEDA including the investigation of complaints under section 12. On March 15, 2016, the Commissioner's motion to appear as a party to this application was granted by the Case Management Judge, Roger R. Lafrenière. The Commissioner participated as an added respondent, filed documentary evidence and submitted written and oral representations. I will refer to the added respondent as the Commissioner and to his office as the OPCC.

[8] While no responding record was filed by Mr. Radulescu or Globe24h.com, the record submitted by the Commissioner contains communications from Mr. Radulescu in which he sets out several positions regarding the complaint against him and his website. In those communications, Mr. Radulescu displays some

[5] Le défendeur Sebastian Radulescu est le seul propriétaire et exploitant de Globe24h.com, un site Web situé en Roumanie qui republie les documents publics d'un certain nombre de pays, notamment le Canada. Bien que Globe24h.com ait également été nommée en tant que défendeur dans la présente demande, aucune preuve au dossier n'indique que le site Web est une entité juridique distincte ou que toute autre personne que M. Radulescu contrôle le site Web. Je désignerai donc collectivement M. Radulescu et Globe24h.com sous défendeur.

[6] Le 30 octobre 2015, le défendeur s'est vu signifier l'avis de demande et les pièces justificatives en vertu de la *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, La Haye, 15 novembre 1965, [1989] R.T. Can. n° 2 (la Convention de La Haye). Il n'a déposé aucun avis de comparution en vertu de la règle 305 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) et n'a pas participé à cette instance. Lorsqu'elle a été convaincue que le défendeur avait été avisé de la date et du lieu de l'audience, la Cour a procédé en l'absence du défendeur, conformément à la règle 38 des Règles.

[7] Le commissaire à la protection de la vie privée du Canada (le commissaire), nommé en vertu de l'article 53 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, se voit confier des responsabilités en vertu de la LPRPDE, y compris l'examen des plaintes visées à l'article 12. Le 15 mars 2016, la requête du commissaire afin de comparaître en tant que partie à la présente demande a été accueillie par le juge responsable de la gestion de l'instance, Roger R. Lafrenière. Le commissaire a participé en qualité de codéfendeur, a déposé une preuve documentaire et a présenté des observations écrites et orales. Je désignerai le codéfendeur en tant que commissaire et son bureau, en tant que CPVP.

[8] Bien qu'aucun dossier de réponse n'ait été déposé par M. Radulescu ou Globe24h.com, le dossier présenté par le commissaire comporte des communications de M. Radulescu dans lesquelles il expose plusieurs positions à l'égard de la plainte déposée contre lui et son site Web. Dans ces communications, M. Radulescu a

familiarity with Canadian law, in particular PIPEDA, and with the OPCC complaint process. He also demonstrates awareness of Canadian media reports about the controversy which his website has generated. There is no indication that the respondent was not aware that he could contest the application should he have chosen to do so.

B. *Complaints to the OPCC*

[9] The respondent operates Globe24h.com from Constanta, Romania. The server that hosts the website is also located in Romania. The OPCC tendered extensive evidence about the respondent's activities and complaints from Canadian citizens and residents with respect to information disclosed on the respondent's website.

[10] In July 2013, Globe24h.com began republishing Canadian court and tribunal decisions that are also available on Canadian legal websites such as CanLII.org. The difference between these other websites and Globe24h.com is that the respondent has permitted the decisions that are republished on his website to be located via third party search engines such as Google. Moreover, because decisions on Globe24h.com are indexed by search engines, a decision containing an individual's name will generally appear in search results when the individual's name is searched on such search engines.

[11] Notably, the content of the Canadian legal websites is generally not indexed and a person seeking such information must go directly to each site and conduct a search with the names of the parties, the style of cause and/or the citation for the decision to obtain the content.

[12] In October 2013, the OPCC began receiving complaints from individuals alleging that links to Canadian court and tribunal decisions containing their personal information were appearing prominently in search results when their names were entered in common search engines. Between October 2013 and June 2015, the OPCC received a total of 38 complaints relating to

démontré une certaine connaissance du droit canadien, en particulier la LPRPDE, ainsi que du processus de traitement des plaintes du CPVP. Il démontre également qu'il est au courant des rapports des médias canadiens portant sur la controverse que son site Web a suscitée. Rien n'indique que le défendeur ne savait pas qu'il pouvait contester la demande s'il avait décidé de le faire.

B. *Plaintes au CPVP*

[9] Le défendeur exploite Globe24h.com à partir de Constanta, en Roumanie. Le serveur qui héberge le site Web se trouve également en Roumanie. Le CPVP a remis de nombreux éléments de preuve sur les activités du défendeur et les plaintes de citoyens et de résidents canadiens à l'égard de l'information divulguée sur le site Web du défendeur.

[10] En juillet 2013, Globe24h.com a commencé à republier des décisions de cours et de tribunaux canadiens qui sont également accessibles à partir de sites Web juridiques canadiens comme CanLII.org. La différence entre ces autres sites et Globe24h.com est que le défendeur a permis que les décisions republiées sur son site Web soient indexées par des moteurs de recherche tiers comme Google. De plus, étant donné que les décisions figurant sur Globe24h.com sont indexées par des moteurs de recherche, une décision comportant le nom d'une personne apparaît généralement dans les résultats de recherche lorsque le nom de cette personne est recherché au moyen de ces moteurs de recherche.

[11] Il convient de noter que le contenu des sites Web juridiques canadiens n'est généralement pas indexé et une personne qui demande ce genre de renseignements doit consulter directement chaque site et effectuer une recherche en indiquant le nom des parties, l'intitulé de la cause ou la référence de la décision pour obtenir le contenu.

[12] En octobre 2013, le CPVP a commencé à recevoir des plaintes de personnes affirmant que des liens vers des décisions de cours et de tribunaux canadiens comportant leurs renseignements personnels apparaissaient de manière évidente dans les résultats de recherche lorsque leurs noms étaient saisis dans des moteurs de recherche courants. Entre octobre 2013 et

Globe24h.com. From June 2015 to the date of filing of the OPCC's record, the OPCC had received a further 11 complaints, with the most recent complaint being filed in April 2016. The OPCC investigated complaints from 27 individuals, including the applicant. The website of the Canadian Legal Information Institute (CanLII) had also received over 150 complaints regarding Globe24h.com prior to April 2016.

[13] The complainants alleged that the decisions posted on Globe24h.com contained sensitive personal information about them and/or their family members in relation to personal matters such as divorce proceedings, immigration matters, health issues and personal bankruptcies. For example, one of the complaints concerned the judicial review in this Court of an Immigration and Refugee Board decision relating to a HIV-positive individual sponsored for admission to Canada by her husband. There are many other examples among the complaints filed as evidence by the OPCC of highly sensitive personal information discussed in the judgments and rulings posted on Globe24h.com.

[14] According to the OPCC, the complainants generally understood that the decisions would be published somewhere to maintain a record of the proceedings and to assist the courts, legal profession and public in understanding the development and application of the law. However, they did not understand why the decisions would appear as a result of a casual search on a search engine such as Google. Such casual searches could be conducted by members of their families, employers or neighbours who would have no prior knowledge of the sensitive information. Examples provided included the risk of children, students or co-workers coming across information of a highly personal nature.

[15] The complainants particularly objected to the fact that the respondent was seeking payment for the removal of the personal information from the website.

juin 2015, le CPVP a reçu au total 38 plaintes concernant Globe24h.com. De juin 2015 à la date de dépôt du dossier du CPVP, ce dernier avait reçu 11 autres plaintes, dont la plus récente avait été déposée en avril 2016. Le CPVP a examiné les plaintes de 27 personnes, dont le demandeur. Le site Web de l'Institut canadien d'information juridique (CanLII) a également reçu plus de 150 plaintes concernant Globe24h.com avant le mois d'avril 2016.

[13] Les plaignants ont affirmé que les décisions affichées sur Globe24h.com comportaient des renseignements personnels de nature délicate à leur sujet ou au sujet des membres de leur famille relativement à des questions personnelles comme des procédures de divorce, des questions d'immigration, des questions de santé et des faillites personnelles. Par exemple, l'une des plaintes concernait le contrôle judiciaire devant la Cour d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié se rapportant à une personne séropositive parrainée par son époux aux fins de son admission au Canada. Parmi les plaintes déposées en preuve par le CPVP, il y a beaucoup d'autres exemples de renseignements personnels de nature très délicate traités dans les jugements et les décisions affichés sur Globe24h.com.

[14] Selon le CPVP, les plaignants comprenaient généralement que les décisions seraient publiées quelque part pour maintenir un dossier de la procédure et aider les tribunaux, les membres de la profession juridique et le public à comprendre l'évolution du droit et l'application de la loi. Cependant, ils ne comprenaient pas pourquoi les décisions apparaîtraient à la suite d'une recherche occasionnelle au moyen d'un moteur de recherche comme Google. Ces recherches occasionnelles pourraient être effectuées par des membres de leurs familles, des employeurs ou des voisins qui n'auraient aucune connaissance préalable des renseignements de nature délicate. Les exemples fournis comprenaient le risque que des enfants, des étudiants ou des collègues tombent sur des renseignements de nature très personnelle.

[15] Les plaignants s'opposaient particulièrement au fait que le défendeur demandait un paiement pour la suppression des renseignements personnels du site Web. Les

The fees solicited for doing so varied widely. Moreover, if payment was made with respect to removal of one version of the decision, additional payments could be demanded for removal of other versions of the same information. This included, for example, the translation of the same decision in a Federal Court proceeding or earlier rulings in the same case.

[16] In reply to such complaints, the respondent offered a “free” removal service. However, this required a request in writing and could take 180 days or more. Further, in order to have their personal information removed from the website for free, individuals were asked to provide further personal information to Globe24h.com in a “Request Form”. And the requestors were threatened with referral to prosecution authorities if the respondent suspected that fraud was involved. In contrast, payment for removal could be easily transferred through an online payment service, without providing any additional information. In other words, removal was expedited if the requestor was willing to pay but delayed and obstructed if no payment was made.

[17] One exhibit tendered in evidence concerned a service styled as “reputation.ca” which claimed to be able to remove embarrassing information from Globe24h.com for a fee of \$1 500. While there is no evidence linking the respondent to this site, this exhibit demonstrates the impact of the respondent’s activities.

[18] The evidence leads to the conclusion that the respondent was running a profit-making scheme to exploit the online publication of Canadian court and tribunal decisions containing personal information.

C. The facts pertaining to the applicant

[19] The applicant was a party in labour relations proceedings involving his former employer. In June 2014, he discovered while using the Google search engine that an Alberta Labour Board decision concerning his case had been republished through Globe24h.com.

frais sollicités pour le faire variaient considérablement. En outre, si un paiement était fait pour la suppression d’une version de la décision, des paiements supplémentaires pouvaient être exigés pour la suppression d’autres versions de la même information. Cela comprenait, par exemple, la traduction de la même décision dans une instance de la Cour fédérale ou des décisions antérieures de la même affaire.

[16] En réponse à ces plaintes, le défendeur a offert un service de suppression « gratuit ». Cependant, cela exigeait une demande par écrit et pouvait prendre 180 jours ou plus. En outre, afin de faire supprimer leurs renseignements personnels du site Web gratuitement, les personnes étaient invitées à fournir des renseignements personnels à Globe24h.com sur un « formulaire de demande ». Les demandeurs étaient aussi menacés d’être référés aux autorités pénales si le défendeur soupçonnait l’existence d’une fraude. En revanche, le paiement pour la suppression de renseignements pouvait être facilement transféré par un service de paiement en ligne, sans fournir de renseignements supplémentaires. En d’autres termes, la suppression était accélérée si le demandeur était prêt à payer, mais retardée et entravée si aucun paiement n’était effectué.

[17] Une pièce déposée en preuve concernait un service nommé « reputation.ca », qui prétendait être en mesure de supprimer des renseignements gênants de Globe24h.com pour un montant de 1 500 \$. Bien qu’aucun élément de preuve ne lie le défendeur à ce site, cette pièce démontre l’incidence des activités du défendeur.

[18] Les éléments de preuve mènent à la conclusion que le défendeur se livrait à un stratagème lucratif pour exploiter la publication en ligne des décisions de cours et de tribunaux canadiens comportant des renseignements personnels.

C. Les faits relatifs au demandeur

[19] Le demandeur était partie à une instance de relations de travail visant son ancien employeur. En juin 2014, il a découvert, en utilisant le moteur de recherche Google, que la décision de l’Alberta Labour Board concernant son cas avait été republiée par Globe24h.com.

[20] PIPEDA defines “personal information” very broadly in section 2 as information about an identifiable individual. The applicant was concerned that the personal information in the labour relations proceedings, easily accessible through Google or other online search engine, would affect his future employment prospects. Although he is not certain that this has happened, he believes that it occurred in at least one instance when a prospective employer chose not to make him an offer.

[21] On June 13, 2014, the applicant contacted Globe24h.com and requested that his personal information be removed. He was told by the respondent that he would have to pay a fee to have that done.

[22] On June 14, 2014, the applicant filed a complaint against Globe24h.com under PIPEDA. The Commissioner’s investigation, completed in June 2015, concluded that the applicant’s complaint was well-founded. The Commissioner informed the applicant of his right to pursue this matter in this Court under section 14 of PIPEDA. He did so by notice of application filed on July 27, 2015. An amended notice of application was filed on August 28, 2015.

[23] The applicant understands that the information pertaining to his labour relations dispute continues to be accessible through a Canadian-based website. He informed the Court during the hearing that he believes that he requested a confidentiality order before the Labour Board but was advised that it would require the consent of the employer, which was not provided. The essence of the applicant’s complaint is not with the publication of the decision by the Board but with the ease of accessing the information about his case through online search engines.

[24] The applicant also pursued a complaint through the Romanian National Supervisory Authority for Personal Data Processing (RNSAPDP), the Romanian counterpart to the OPCC. In October 2014, the RNSAPDP fined the respondent for contravening Romanian data protection laws. The respondent has

[20] La LPRPDE définit le « renseignement personnel » de façon très générale à l’article 2 comme étant tout renseignement concernant un individu identifiable. Le demandeur craignait que les renseignements personnels figurant dans l’instance de relations de travail, facilement accessibles sur Google ou tout autre moteur de recherche en ligne, nuisent à ses perspectives d’emploi futures. Bien qu’il ne soit pas certain que cela soit arrivé, il croit que cela s’est produit dans au moins un cas où un éventuel employeur a décidé de ne pas lui faire d’offre.

[21] Le 13 juin 2014, le demandeur a communiqué avec Globe24h.com et a demandé que ses renseignements personnels soient supprimés. Le défendeur lui a dit qu’il devrait payer des frais pour le faire.

[22] Le 14 juin 2014, le demandeur a déposé une plainte contre Globe24h.com en vertu de la LPRPDE. L’enquête du commissaire, achevée en juin 2015, a permis de conclure que la plainte du demandeur était bien fondée. Le commissaire a informé le demandeur de son droit de porter sa cause devant la Cour en vertu de l’article 14 de la LPRPDE. Il l’a fait par avis de demande déposé le 27 juillet 2015. Un avis de demande modifié a été déposé le 28 août 2015.

[23] Le demandeur comprend que les renseignements relatifs à son conflit de relations de travail demeurent toujours accessibles sur un site Web situé au Canada. Lors de l’audience, il a informé la Cour qu’il croit avoir demandé une ordonnance de confidentialité devant la Commission du travail, mais a été informé que cela exigerait le consentement de l’employeur, qui n’a pas été fourni. L’essentiel de la plainte du demandeur ne réside pas dans la publication de la décision par la Commission, mais dans la facilité d’accès aux renseignements relatifs à son cas par des moteurs de recherche en ligne.

[24] Le demandeur a également déposé une plainte auprès de l’Autorité nationale de supervision du traitement des données personnelles (ANSTDP) de la Roumanie, l’équivalent roumain du CPVP. En octobre 2014, l’ANSTDP a infligé une amende au défendeur pour avoir enfreint les lois roumaines en matière de protection des

appealed this fine to a Romanian court. As of the date of hearing of this application, the Court was informed, those proceedings are ongoing.

[25] The applicant advised this Court at the hearing that he and his family in Romania have received verbal threats for pursuing the complaint. For that reason, and because of his concern that the publication of this decision would again expose his personal information to public attention, the applicant requested that the Court order that his identity be protected.

[26] As indicated above, I have acceded to his request by substituting his initials for his name in the style of cause. In my view, this strikes an appropriate balance between the open court principle and the need to protect the applicant's and his family's personal safety: *A.B. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 325, [2010] 2 F.C.R. 75, at paragraph 5; *E.F. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 842, 37 Imm. L.R. (4th) 152, at paragraph 8.

[27] The applicant represented himself on this matter.

D. *The OPCC's Investigation of Globe24h.com*

[28] In May 2014, the OPCC commenced an investigation of Globe24h.com and Mr. Radulescu under subsection 12(1) of PIPEDA. During the course of its investigation, the OPCC communicated with the respondent and obtained detailed information from Mr. Radulescu.

[29] The respondent acknowledged collecting and republishing decisions from (1) judicial and administrative tribunal websites, (2) the CanLII website, and (3) the website of the Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ). The respondent also acknowledged republishing the decisions without the knowledge and consent of concerned individuals or the tribunals and courts and that he was allowing the decisions to be indexed by search engines. However, he stated that consent was not required because the website's purpose is exclu-

données. Le défendeur a interjeté appel de cette amende auprès d'un tribunal roumain. En date de l'audition de la présente demande, comme on en a informé la Cour, ces procédures sont en cours.

[25] Lors de l'audience, le demandeur a informé la Cour que lui et sa famille en Roumanie ont été victimes de menaces verbales depuis le dépôt de la plainte. Pour cette raison, et parce qu'il craint que la publication de cette décision porte à nouveau ses renseignements personnels à l'attention du public, le demandeur a demandé à la Cour d'ordonner que son identité soit protégée.

[26] Tel qu'indiqué ci-dessus, j'ai accepté sa demande en remplaçant son nom par ses initiales dans l'intitulé de la cause. À mon avis, cela établit un juste équilibre entre le principe de la publicité des débats judiciaires et la nécessité d'assurer la sécurité du demandeur et de sa famille : *A.B. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 325, [2010] 2 R.C.F. 75, au paragraphe 5; *E.F. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 842, au paragraphe 8.

[27] Le demandeur s'est représenté lui-même dans la présente instance.

D. *L'enquête du CPVP sur Globe24h.com*

[28] En mai 2014, le CPVP a ouvert une enquête sur Globe24h.com et M. Radulescu en vertu du paragraphe 12(1) de la LPRPDE. Au cours de son enquête, le CPVP a communiqué avec le défendeur et a obtenu des renseignements détaillés de la part de M. Radulescu.

[29] Le défendeur a reconnu avoir recueilli et republié des décisions 1) des sites Web des tribunaux judiciaires et administratifs, 2) du site Web de CanLII et 3) du site Web de la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ). Il a également reconnu avoir republié des décisions sans la connaissance et le consentement des personnes concernées ou des tribunaux et des cours et avoir permis que les décisions soient indexées par des moteurs de recherche. Cependant, il a déclaré que le consentement n'était pas requis parce que le but du site

sively journalistic and the content was already publicly available.

[30] In late 2012, CanLII detected bulk downloading of decisions from its website from IP addresses registered with an internet service provider named “RCS & RDS”, based in Romania. CanLII subsequently blocked access to its website from all users of RCS & RDS. In December 2013, CanLII received complaints that decisions posted on its website were searchable through Google using the names of litigants. CanLII’s Chief Editor examined the content patterns published on Globe24h.com and determined that the decisions had been downloaded in bulk from CanLII.

[31] In January 2014, CanLII’s Chief Editor contacted the respondent to inform it of a judicially ordered publication ban with respect to a decision reproduced on his website which required anonymity of the parties. Globe24h.com advised CanLII about the procedure to request content removal and the applicable fee. As of May 2016, the decision remained on the respondent’s website in its original form, and not in conformity with the publication ban.

[32] Throughout the OPCC’s investigation the respondent maintained that the purpose of Globe24h.com was to “disseminate public information, especially government information, to a wider audience internationally”.

[33] The respondent stated that the removal fee had been introduced to limit the volume of anonymous requests received by email and to prevent fraudulent removal requests. The respondent’s process for removing personal information changed a number of times during the OPCC’s investigation in what might be interpreted to be attempts to hamper the process.

[34] Initially, the respondent advertised that individuals could pay a 19 euro fee for “express” 72-hour removal. Individuals could also have their personal information

Web est exclusivement journalistique et que le contenu était déjà accessible au public.

[30] À la fin de 2012, CanLII a détecté des téléchargements en masse de décisions à partir de son site Web faits à partir d’adresses IP enregistrées auprès d’un fournisseur d’accès Internet appelé « RCS & RDS », basé en Roumanie. CanLII a ensuite bloqué l’accès de son site Web à l’ensemble des utilisateurs de RCS & RDS. En décembre 2013, CanLII a reçu des plaintes selon lesquelles des décisions publiées sur son site Web pouvaient faire l’objet de recherches sur Google à partir du nom des parties. Le rédacteur en chef de CanLII a examiné les types de contenu publiés sur le site Globe24h.com et a constaté que les décisions avaient été téléchargées en masse à partir du site Web de CanLII.

[31] En janvier 2014, le rédacteur en chef de CanLII a communiqué avec le défendeur afin de l’informer d’une interdiction de publication exigeant l’anonymat des parties, qui avait été ordonnée par le tribunal et visait une décision reproduite sur son site Web. Le site Globe24h.com a informé CanLII de la procédure à suivre pour demander la suppression du contenu et des frais applicables. En mai 2016, la décision figurait toujours sur le site Web du défendeur sous sa forme originale, et n’était pas conforme à l’interdiction de publication.

[32] Tout au long de l’enquête de la CPVP, le défendeur a soutenu que le site Globe24h.com visait à [TRADUCTION] « diffuser de l’information à caractère public, particulièrement de l’information gouvernementale auprès d’un public plus large, à l’échelle internationale ».

[33] Le défendeur a déclaré que des frais de suppression avaient été établis afin de limiter le volume de demandes anonymes reçues par courriel et pour éviter les demandes frauduleuses de suppression de renseignements. Le processus appliqué par le défendeur pour supprimer les renseignements personnels a changé plusieurs fois au cours de l’enquête du CPVP, ce qui pourrait être interprété comme des tentatives d’entraver le processus.

[34] Initialement, le défendeur a annoncé que les personnes visées devaient payer 19 euros pour une suppression « express » en 72 heures. Les personnes visées

removed for free; however, that process took 180 days and up to one year for the information to be removed from search engine indices. In early 2014, the respondent began to offer a faster 12-hour removal for a 120 euro fee. By May 2014, the time period for a free removal process was shortened to 15 days. However, the request had to be sent by mail to Romania and it had to include information such as the requester's full name and address, a copy of an identification document, and a copy of the decision that identified the exact information to be removed. In contrast, for the paid removal service, an individual only had to send an email identifying the decision and the redaction would be done within a few days once the payment had been transferred.

[35] In July 2014, the respondent informed the OPCC that there was no longer a fee for removing personal information from the website. However, in October 2014, the OPCC received information from one of the complainants that Mr. Radulescu had offered, instead of anonymizing decisions, to remove full copies of decisions from the website for the price of 200 euros per decision.

[36] Some complainants paid to have their personal information removed but then discovered that there were other decisions, or versions of the same decision, concerning them still on the website. However, the fee that they paid only covered a single decision, according to Globe24h.com and further payments would be demanded for the other decisions or versions of decisions.

[37] The OPCC also found that the respondent's website displayed advertisements alongside the decisions and sold space on the website to advertisers. Some of these appear to have been links to pornographic websites. On June 12, 2016, the respondent informed the Commissioner that as of June 10, 2016, he has removed all advertising from Globe24h.com. Therefore, he claimed, Globe24h.com's activities are now entirely not-for-profit and that he derives no revenue from the website.

pouvaient également demander que leurs renseignements personnels soient supprimés gratuitement; toutefois, ce processus prenait 180 jours et il fallait jusqu'à un an pour que les renseignements soient retirés des index des moteurs de recherche. Au début de 2014, le défendeur a commencé à proposer une suppression plus rapide en 12 heures qu'il facturait 120 euros. En mai 2014, la durée du processus de suppression sans frais était réduite à 15 jours. Toutefois, la demande devait être envoyée par la poste en Roumanie et devait comporter des renseignements tels que le nom et l'adresse du demandeur, une copie d'une pièce d'identité et une copie de la décision précisant les renseignements précis à supprimer. En revanche, pour le service de suppression payant, la personne visée n'avait qu'à envoyer un courriel mentionnant la décision et la modification était apportée quelques jours après le transfert du paiement.

[35] En juillet 2014, le défendeur a informé le CPVP qu'il n'exigeait plus de frais pour la suppression de renseignements personnels de son site Web. Cependant, en octobre 2014, le CPVP a été informé par un des plaignants que M. Radulescu lui avait proposé, plutôt que rendre les décisions anonymes, de retirer l'intégralité des décisions du site Web, moyennant 200 euros par décision.

[36] Certains plaignants ont payé pour que leurs renseignements personnels soient retirés du site Web, mais ils ont par la suite découvert qu'il existait d'autres décisions ou versions d'une même décision les concernant qui apparaissaient toujours sur le site Web. Par contre, selon Globe24h.com, les frais qu'ils avaient réglés ne couvraient qu'une seule décision et de nouveaux paiements devaient être effectués pour les autres décisions ou versions de la décision.

[37] Le CPVP a également découvert que le site Web du défendeur affichait des publicités à côté des décisions et vendait de l'espace aux annonceurs sur le site. Certaines de ces publicités semblent comporter des liens vers des sites pornographiques. Le 12 juin 2016, le défendeur a informé le commissaire qu'à compter du 10 juin 2016, il avait supprimé toute publicité du site Globe24h.com. Par conséquent, a-t-il affirmé, les activités du site Globe24h.com sont maintenant entièrement à but non lucratif et il ne tire aucun revenu du site Web.

[38] During the course of the investigation, the respondent indicated that Globe24h.com's collection of Canadian decisions had not been updated since 2013. However, the Commissioner found that the website contains decisions from 2014 and 2015.

[39] While the investigation was ongoing, the OPCC requested Mr. Radulescu to remove the personal information of complainants from the website as an interim measure. Initially, the respondent complied and indicated that he had redacted the complainants' personal information from the decisions, although the decisions remained on the site. However, in November 2014, the respondent indicated that he would no longer redact decisions at the OPCC's request and that individuals had to submit a request form along with supporting documentation to Globe24h.com.

E. *The OPCC's Final Report of Findings*

[40] In January 2015, the OPCC issued a preliminary report of investigation to the respondent concluding that PIPEDA applied to the respondent's activities. The OPCC further concluded that the respondent's activities were not appropriate purposes within the meaning of subsection 5(3) of PIPEDA.

[41] On June 5, 2015, the Commissioner issued its final report of findings with respect to the 27 complaints that he investigated. The OPCC's final conclusions can be summarized as follows:

- Globe24h.com is an organization that collects, uses and discloses personal information in the course of commercial activities within the meaning of PIPEDA;
- PIPEDA can apply to Globe24h.com as a foreign-based organization because there is an established "real and substantial connection" between the parties and/or the facts giving rise to the complaint in Canada;

[38] Au cours de l'enquête, le défendeur a indiqué que le recueil des décisions canadiennes apparaissant sur le site Globe24h.com n'avait pas été mis à jour depuis 2013. Cependant, le commissaire a constaté que le site Web comportait des décisions de 2014 et de 2015.

[39] Alors que l'enquête était en cours, le CPVP a demandé à M. Radulescu de supprimer du site Web les renseignements personnels des plaignants, à titre de mesure provisoire. Initialement, le défendeur a obtempéré et a indiqué qu'il avait supprimé des décisions les renseignements personnels des plaignants, même si les décisions demeuraient sur le site. Cependant, en novembre 2014, le défendeur a indiqué qu'il ne modifierait plus les décisions à la demande du CPVP et que les personnes devaient présenter à Globe24h.com un formulaire de demande accompagné de documents justificatifs.

E. *Le rapport final de conclusions du CPVP*

[40] En janvier 2015, le CPVP a publié un rapport d'enquête préliminaire destiné au défendeur qui concluait que la LPRPDE s'appliquait aux activités de ce dernier. Il concluait également que les activités du défendeur ne constituaient pas des fins acceptables au sens du paragraphe 5(3) de la LPRPDE.

[41] Le 5 juin 2015, le Commissariat a publié son rapport final de conclusions concernant les 27 plaintes sur lesquelles il a enquêté. On peut résumer les conclusions finales du CPVP comme suit :

- Le site Globe24h.com est une organisation qui recueille, utilise et communique des renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales au sens de la LPRPDE;
- La LPRPDE peut s'appliquer au site Globe24h.com en tant qu'organisation étrangère, car il existe un « lien réel et substantiel » entre les parties et les faits ayant donné lieu aux plaintes au Canada;

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • The <i>journalistic purpose</i> exception under paragraph 4(2)(c) of PIPEDA does not apply to the respondent's activities because the underlying purpose of Globe24h.com is to generate revenue by incentivizing individuals to pay to have their personal information removed; • The underlying purpose of Globe24h.com—which is to make available Canadian court and tribunal decisions through search engines that allow the sensitive personal information of individuals to be found by happenstance—cannot be considered as <i>appropriate from the perspective of a reasonable person</i> under subsection 5(3) of PIPEDA; and, • The <i>publicly available information</i> exception does not apply to Globe24h.com's activities because the website's purpose in allowing the decisions to be indexed by popular search engines is not "directly related" to the purpose for which the personal information appears in the record or document. Therefore, the exceptions to PIPEDA's knowledge and consent requirements described under paragraphs 7(1)(d), 7(2)(c.1) and 7(3)(h.1) do not apply in this situation. | <ul style="list-style-type: none"> • L'exception « à des fins journalistiques » prévue à l'alinéa 4(2)c) de la LPRPDE ne s'applique pas aux activités du défendeur dans la mesure où l'objectif sous-jacent du site Globe24h.com est de générer des revenus en incitant les personnes à payer pour la suppression de leurs renseignements personnels; • L'objectif sous-jacent du site Globe24h.com — qui consiste à rendre publiques les décisions des cours et des tribunaux canadiens par l'intermédiaire de moteurs de recherche, ce qui permet la divulgation fortuite de renseignements personnels de nature délicate — ne peut être considéré comme étant <i>à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances</i>, en vertu du paragraphe 5(3) de la LPRPDE; • L'exception concernant un « renseignement réglementaire auquel le public a accès » ne s'applique pas aux activités du site parce que l'objectif de celui-ci, qui consiste à permettre que les décisions soient indexées par des moteurs de recherche couramment utilisés n'est pas « directement lié » aux fins pour lesquelles les renseignements personnels apparaissent dans le dossier ou le document. Par conséquent, les exceptions aux exigences en matière de connaissance et de consentement énoncées aux alinéas 7(1)d), 7(2)c.1) et 7(3)h.1) de la LPRPDE ne s'appliquent pas à la présente situation. |
|--|--|

III. RELIEF SOUGHT

[42] The applicant seeks the following remedies:

- (a) an order for damages, including general, punitive, exemplary, discretionary and, including damages for the humiliation and distress suffered by the applicant;
- (b) an order that the respondent correct their practices and comply with sections 5 to 10 of PIPEDA;

III. MESURE DE REDRESSEMENT DEMANDÉE

[42] Le demandeur sollicite les réparations suivantes :

- a) une ordonnance en dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts généraux, punitifs, exemplaires et discrétionnaires, ainsi que des dommages pour l'humiliation et la détresse subies par le demandeur;
- b) une ordonnance contraignant le défendeur à revoir ses pratiques de façon à respecter les articles 5 à 10 de la LPRPDE;

- | | |
|---|---|
| (c) an order that the respondent publish a notice of any of the actions taken or proposed to be taken to correct their practices so as to comply with PIPEDA; | c) une ordonnance contraignant le défendeur à publier un avis énonçant les mesures prises ou envisagées pour corriger ses pratiques et se conformer à la LPRPDE; |
| (d) an order for an injunction; | d) une ordonnance d'injonction; |
| (e) a declaration that the respondent contravened privacy legislation; | e) un jugement déclaratoire indiquant que le défendeur a enfreint la législation sur la protection des renseignements personnels; |
| (f) an order that the respondent delete from his website and servers all court and tribunal decisions that is republished containing personal information, and remove these decisions from search engines caches; | f) une ordonnance enjoignant le défendeur à supprimer de son site Web et de ses serveurs l'ensemble des décisions des cours et des tribunaux qui sont reproduits et qui contiennent des renseignements personnels; et à supprimer les décisions des mémoires caches des moteurs de recherche; |
| (g) an order that the respondent is a vexatious litigant; and, | g) une ordonnance déclarant que le défendeur est un plaideur quérulent; |
| (h) an order for costs, including on a solicitor-client and full indemnity basis. | h) l'adjudication des dépens, y compris notamment sur la base avocat-client et sur la base d'une indemnisation intégrale. |

[43] During the course of the hearing, the applicant acknowledged that a number of these proposed remedies would not be appropriate or available to him under the law. This is not a case, for example, for issuing a vexatious litigant order. Nor would costs on a solicitor-client and full indemnity basis be available to the applicant as he represented himself. The question of damages will be discussed further below.

[43] Au cours de l'audience, le demandeur a reconnu que plusieurs des mesures qu'il proposait n'étaient pas des recours acceptables ou qu'il pouvait soulever en vertu de la Loi. À titre d'exemple, il ne s'agit pas d'une décision dans laquelle on peut rendre une ordonnance déclarant que le défendeur est un plaideur quérulent. Par ailleurs, aucuns dépens sur la base avocat-client et sur la base d'une indemnisation intégrale ne pourra être accordé puisque le demandeur se représente seul. Nous reviendrons plus loin sur la question des dommages-intérêts.

[44] The OPCC proposed the following declaration and orders:

[44] Le CPVP a proposé la déclaration et les ordonnances suivantes :

[TRADUCTION]

1. The Respondent, Sebastian Radulescu, contravened the *Personal Information Protection and Electronics Documents Act*, SC 2000, c 5 by collecting, using

1. Le défendeur, Sebastian Radulescu, a contrevenu à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c 5, par la col-

and disclosing on his website, www.Globe24h.com (“Globe24h.com”), personal information contained in Canadian court and tribunal decisions for inappropriate purposes and without the consent of the individuals concerned;

2. The Respondent, Sebastian Radulescu, shall remove all Canadian court and tribunal decisions containing personal information from Globe24h.com and take the necessary steps to remove these decisions from search engines caches;

3. The Respondent, Sebastian Radulescu, shall refrain from further copying and republishing Canadian court and tribunal decisions containing personal information in a manner that contravenes the Personal Information and Electronic Documents Act, SC 2000, c 5; and

4. The Respondent, Sebastian Radulescu, shall pay the Applicant damages in the amount of XXXX. [No amount proposed.]

IV. RELEVANT LEGISLATION

[45] The relevant legislation is attached to these reasons as an annex (Annex A) to facilitate the reading of this decision.

V. ISSUES

[46] Having considered the issues raised by the applicant and Commissioner, I would frame them as follows:

- A. Does PIPEDA have an extraterritorial application to Globe24h.com as a foreign-based organization?
- B. Is the respondent’s purpose for collecting, using and disclosing personal information “appropriate” under paragraph 5(3) of PIPEDA?
- C. Does the “publicly available” exception apply to the personal information republished on Globe24h.com under section 7 of PIPEDA?

lecte, l’utilisation et la divulgation sur son site Web, www.Globe24h.com (« Globe24h.com »), de renseignements personnels contenus dans des décisions de cours et de tribunaux canadiens, et ce, à des fins inappropriées et sans le consentement des personnes concernées;

2. Le défendeur, Sebastian Radulescu, doit retirer de Globe24h.com toutes les décisions de cours et de tribunaux canadiens contenant des renseignements personnels et prendre les mesures nécessaires pour retirer ces décisions de la mémoire cache des moteurs de recherche;

3. Le défendeur, Sebastian Radulescu, doit s’abstenir de copier et de republier de nouveau des décisions de cours et de tribunaux canadiens contenant des renseignements personnels d’une manière qui contrevient à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*;

4. Le défendeur, Sebastian Radulescu, doit verser au demandeur des dommages-intérêts totalisant XXXX; [aucun montant proposé].

IV. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[45] Les dispositions législatives pertinentes sont jointes aux présents motifs en annexe (annexe A) afin de faciliter la lecture de la présente décision.

V. QUESTIONS EN LITIGE

[46] Après avoir examiné les questions soulevées par le demandeur et le commissaire, je les formulerais comme suit :

- A. La LPRPDE a-t-elle une portée extraterritoriale et celle-ci s’applique-t-elle au site Globe24h.com en tant qu’organisation étrangère?
- B. L’objectif du défendeur en ce qui concerne la collecte, l’utilisation et la publication des renseignements personnels est-il « acceptable » au sens du paragraphe 5(3) de la LPRPDE?
- C. L’exception prévue à l’article 7 de la LPRPDE « [lorsqu’]il s’agit d’un renseignement réglementaire auquel le public a accès » s’applique-t-elle aux renseignements personnels reproduits sur Globe24h.com?

D. What remedies should this Court grant under section 16 of PIPEDA?

D. Quelles réparations la Cour peut-elle accorder conformément à l'article 16 de la LPRPDE?

VI. ANALYSIS

VI. ANALYSE

[47] These reasons will focus on the Commissioner's submissions. The applicant represented himself in these proceedings with the assistance of the OPCC. His submissions were brief but on point and articulate and he provided a list of relevant jurisprudence for the Court's assistance. In addition to his personal interests in the matter, he argued that the respondent's activities have the potential of bringing the administration of justice into disrepute as individuals may now be discouraged from approaching the judicial system out of fear of having their personal information more widely accessible online.

[47] Les motifs porteront principalement sur les observations du commissaire. Au cours de la présente procédure, le demandeur s'est représenté seul avec l'aide du CPVP. Ses observations étaient brèves mais concises et claires, et il a fourni une liste de la jurisprudence pertinente en vue d'aider la Cour. Outre ses intérêts personnels dans l'affaire, il a soutenu que les activités du défendeur étaient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice dans la mesure où des personnes peuvent maintenant être dissuadées de recourir au système judiciaire de peur que leurs renseignements personnels deviennent encore plus accessibles en ligne.

A. Does PIPEDA have an extraterritorial application to Globe24h.com as a foreign based organization?

A. La LPRPDE a-t-elle une portée extraterritoriale et celle-ci s'applique-t-elle au site Globe24h.com en tant qu'organisation étrangère?

(1) The "real and substantial connection" test.

1) Le critère du « lien réel et important ».

[48] The purpose of Part I [sections 1 to 30] of PIPEDA is to:

[48] La partie I [articles 1 à 30] de la LPRPDE a pour objet ce qui suit :

Purpose

Objet

3 ... establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

3 [...] fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

[49] PIPEDA was enacted in response to the 1980 Organization for Economic Co-operation and Development *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. It was designed to be part of an international system to protect the privacy of individuals as reflected in the European Data Protection Directive adopted in October 1995. Among other elements, the European Directive included a pro-

[49] La LPRPDE a été adoptée en réponse aux *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publiées en 1980. Elle a été conçue afin de s'intégrer à un système international visant à protéger la vie privée des personnes, comme en témoigne la directive européenne sur la protection des

vision that prevented the transmission of any personal information outside the European Union unless the recipient country had legislation in place that would offer similar protection. PIPEDA was intended to offer that protection in Canada thus avoiding the extraterritorial effect of the European Directive on Canada. Romania is bound by the European Directive. One question to be addressed is whether PIPEDA can apply to activities abroad that have an impact on persons resident in Canada.

[50] Section 4 of PIPEDA, the application provision for Part I, is silent with respect to the statute's territorial reach. However, there is no language expressly limiting its application to Canada. In the absence of clear guidance from the statute, the Court can interpret it to apply in all circumstances in which there exists a "real and substantial link" to Canada, following the Supreme Court's guidance in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (SOCAN), at paragraphs 54–63 and the other authorities cited therein.

[51] In SOCAN, Justice Binnie reviewed the general principles in respect of the extraterritoriality of Canadian laws and concluded that the Canadian *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] may apply to cross-border activities where there is a "real and substantial connection" with Canada (at paragraphs 54–63):

While the Parliament of Canada, unlike the legislatures of the Provinces, has the legislative competence to enact laws having extraterritorial effect, it is presumed not to intend to do so, in the absence of clear words or necessary implication to the contrary. This is because "[i]n our modern world of easy travel and with the emergence of a global economic order, chaotic situations would often result if the principle of territorial jurisdiction were not, at least generally, respected"; see *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1051, per La Forest J.

données adoptée en octobre 1995. Entre autres, la directive européenne comprenait une disposition qui empêchait la transmission de renseignements personnels en dehors de l'Union européenne, à moins que le pays destinataire ne dispose d'une législation en vigueur qui offrirait une protection similaire. La LPRPDE visait à offrir cette protection au Canada afin d'éviter que ce dernier ne soit concerné par la portée extraterritoriale de la directive européenne. La Roumanie est liée par la directive européenne. La question est donc de savoir si la LPRPDE peut s'appliquer à des activités à l'étranger ayant des retombées sur des personnes résidant au Canada.

[50] L'article 4 de la LPRPDE, la disposition relative à l'application de la partie I, ne prévoit pas la portée territoriale de la Loi. Cependant, aucun passage ne limite expressément son application au Canada. En l'absence d'orientations claires de la Loi, la Cour peut l'interpréter comme s'appliquant dans toutes les circonstances où il existe un « lien réel et important » avec le Canada, en s'appuyant sur le jugement de la Cour suprême du Canada dans la décision *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (SOCAN), aux paragraphes 54 à 63 et les autres précédents qui y sont cités.

[51] Dans la décision SOCAN, le juge Binnie a examiné les principes généraux en ce qui a trait à l'extraterritorialité de la loi canadienne et a conclu que la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42] peut s'appliquer aux activités transfrontalières lorsqu'il y a un « lien réel et important » avec le Canada (aux paragraphes 54 à 63) :

Même si, contrairement aux législatures provinciales, le Parlement du Canada a le pouvoir d'adopter une loi ayant une portée extraterritoriale, en l'absence d'un libellé clair ou d'une déduction nécessaire à l'effet contraire, il est présumé ne pas avoir voulu le faire. Il en est ainsi parce qu'« [é]tant donné la facilité de voyager dans le monde moderne et l'émergence d'un ordre économique mondial, la situation deviendrait souvent chaotique si le principe de la compétence territoriale n'était pas respecté, du moins de façon générale »; voir *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1051, le juge La Forest.

While the notion of comity among independent nation States lacks the constitutional status it enjoys among the provinces of the Canadian federation (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1098), and does not operate as a limitation on Parliament's legislative competence, the courts nevertheless presume, in the absence of clear words to the contrary, that Parliament did not intend its legislation to receive extraterritorial application.

Copyright law respects the territorial principle, reflecting the implementation of a "web of interlinking international treaties" based on the principle of national treatment (see D. Vaver, *Copyright Law* (2000), at p. 14).

The applicability of our *Copyright Act* to communications that have international participants will depend on whether there is a sufficient connection between this country and the communication in question for Canada to apply its law consistent with the "principles of order and fairness ... that ensure security of [cross-border] transactions with justice"; see *Morguard Investments, supra*, at p. 1097; see also *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40, at para. 56; *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 601-2.

Helpful guidance on the jurisdictional point is offered by La Forest J. in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178. That case involved a fraudulent stock scheme. U.S. purchasers were solicited by telephone from Toronto, and their investment monies (which the Toronto accused caused to be routed through Central America) wound up in Canada. The accused contended that the crime, if any, had occurred in the United States, but La Forest J. took the view that "[t]his kind of thinking has, perhaps not altogether fairly, given rise to the reproach that a lawyer is a person who can look at a thing connected with another as not being so connected. For everyone knows that the transaction in the present case is both here and there" (p. 208 (emphasis added)). Speaking for the Court, he stated the relevant territorial principle as follows (at pp. 212-13):

I might summarize my approach to the limits of territoriality in this way. As I see it, all that is necessary to make an offence subject to the jurisdiction of our courts is that a significant portion of the activities constituting that offence took place in Canada. As it is put by modern academics, it is sufficient that there be a

Bien que la notion de courtoisie ne soit pas reconnue constitutionnellement entre les États indépendants comme elle l'est entre les provinces de la fédération canadienne (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1098) et qu'elle n'ait pas pour effet de restreindre la compétence législative du Parlement, les tribunaux tiennent néanmoins pour acquis, à défaut d'un libellé manifestement contraire, que le législateur n'a pas voulu conférer à une loi une portée extraterritoriale.

Les dispositions législatives sur le droit d'auteur respectent le principe de la territorialité, reflétant la mise en œuvre d'un [TRADUCTION] « réseau de traités internationaux interreliés » compte tenu du principe du traitement national (voir D. Vaver, *Copyright Law* (2000), p. 14).

L'applicabilité de la *Loi sur le droit d'auteur* à une communication à laquelle participent des ressortissants d'autres pays dépend de l'existence entre le Canada et la communication d'un lien suffisant pour que le Canada applique ses dispositions conformément aux « principes d'ordre et d'équité [...] qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations [transfrontalières] »; voir *Morguard Investments*, précité, p. 1097; voir aussi *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40, par. 56; *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 601-602.

Dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, le juge La Forest a clarifié la question de la compétence. Il s'agissait d'une affaire de combine frauduleuse pour vendre des actions. Des vendeurs se trouvant à Toronto sollicitaient au téléphone des acheteurs aux États-Unis, et l'argent investi par ces derniers (que l'accusé à Toronto faisait passer par l'Amérique centrale) se retrouvait finalement au Canada. L'accusé soutenait que le crime, à supposer qu'il y en ait eu un, avait été perpétré aux États-Unis. Or, le juge La Forest a estimé que « [c]e genre de raisonnement a provoqué, peut-être pas tout à fait à juste titre, le reproche selon lequel un avocat est une personne qui peut considérer des choses connexes comme non reliées entre elles. En effet, tout le monde sait que l'opération en l'espèce se situe à la fois ici et à l'autre endroit » (p. 208 (je souligne)). S'exprimant au nom de notre Cour, il a formulé comme suit le principe de la territorialité applicable (p. 212-213) :

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. Selon moi, il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment les auteurs modernes, il suffit qu'il

“real and substantial link” between an offence and this country.... [Emphasis added by Binnie J.]

So also, in my view, a telecommunication from a foreign state to Canada, or a telecommunication from Canada to a foreign state, “is both here and there”. Receipt may be no less “significant” a connecting factor than the point of origin (not to mention the physical location of the host server, which may be in a third country). To the same effect, see *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 52; *Kitakufe v. Oloya*, [1998] O.J. No. 2537 (QL) (Gen. Div.). In the factual situation at issue in *Citron v. Zundel*, *supra*, for example, the fact that the host server was located in California was scarcely conclusive in a situation where both the content provider (Zundel) and a major part of his target audience were located in Canada. The *Zundel* case was decided on grounds related to the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, but for present purposes the object lesson of those facts is nevertheless instructive.

The “real and substantial connection” test was adopted and developed by this Court in *Morguard Investments*, *supra*, at pp. 1108-9; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pp. 325-26 and 328; and *Tolofson*, *supra*, at p. 1049. The test has been reaffirmed and applied more recently in cases such as *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at para. 71; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Unifund*, *supra*, at para. 54; and *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72. From the outset, the real and substantial connection test has been viewed as an appropriate way to “prevent overreaching ... and [to restrict] the exercise of jurisdiction over extraterritorial and transnational transactions” (La Forest J. in *Tolofson*, *supra*, at p. 1049). The test reflects the underlying reality of “the territorial limits of law under the international legal order” and respect for the legitimate actions of other states inherent in the principle of international comity (*Tolofson*, at p. 1047). A real and substantial connection to Canada is sufficient to support the application of our *Copyright Act* to international Internet transmissions in a way that will accord with international comity and be consistent with the objectives of order and fairness.

In terms of the Internet, relevant connecting factors would include the *situs* of the content provider, the host server, the intermediaries and the end user. The weight to be given to any particular factor will vary with the circumstances and the nature of the dispute.

y ait un « lien réel et important » entre l’infraction et notre pays... [Souligné par le juge Binnie.]

Aussi, à mon avis, une télécommunication effectuée à partir d’un pays étranger vers le Canada ou à partir du Canada vers un pays étranger « se situe à la fois ici et à l’autre endroit ». Le lieu de réception peut constituer un facteur de rattachement tout aussi « important » que le lieu d’origine (sans compter l’emplacement physique du serveur hôte, qui peut se trouver dans un pays tiers). Voir, dans le même sens, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 52; et *Kitakufe c. Oloya*, [1998] O.J. No 2537 (QL) (Div. gén.). Dans la décision *Citron c. Zundel*, précitée, par exemple, le fait que le serveur hôte était situé en Californie était peu concluant dans la mesure où tant le fournisseur de contenu (Zundel) que la majeure partie de son public cible se trouvaient au Canada. La décision rendue s’appuyait sur des motifs liés à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais pour les besoins du présent pourvoi, l’illustration demeure néanmoins instructive.

Notre Cour a adopté puis développé le critère du « lien réel et important » dans *Morguard Investments Ltd.*, précité, p. 1108-1109; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325, 326 et 328; et *Tolofson*, précité, p. 1049. Ce critère a été confirmé et appliqué plus récemment dans *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 71; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Unifund*, précité, par. 54; et *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72. Dès le départ, le critère du lien réel et important a été considéré comme un moyen approprié d’« éviter que l’on aille trop loin [...] et [de] restreindre l’exercice de compétence sur les opérations extraterritoriales et transnationales » (le juge La Forest dans *Tolofson*, précité, p. 1049). Il reflète la réalité sous-jacente de « la territorialité des lois selon l’ordre juridique international » et du respect des mesures légitimes prises par un autre État qui est inhérent au principe de la courtoisie internationale (*Tolofson*, p. 1047). L’existence d’un lien réel et important avec le Canada suffit pour que notre *Loi sur le droit d’auteur* s’applique aux transmissions Internet internationales conformément au principe de la courtoisie internationale et aux objectifs d’ordre et d’équité.

En ce qui concerne l’Internet, le facteur de rattachement pertinent est le *situs* du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l’utilisateur final. L’importance à accorder au *situs* de l’un d’eux en particulier varie selon les circonstances de l’affaire et la nature du litige.

Canada clearly has a significant interest in the flow of information in and out of the country. Canada regulates the reception of broadcasting signals in Canada wherever originated; see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42. Our courts and tribunals regularly take jurisdiction in matters of civil liability arising out of foreign transmissions which are received and have their impact here; see *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 1 (Alta. C.A.); *Re World Stock Exchange* (2000), 9 A.S.C.S. 658.

Generally speaking, this Court has recognized, as a sufficient “connection” for taking jurisdiction, situations where Canada is the country of transmission (*Libman, supra*) or the country of reception (*Liberty Net, supra*). This jurisdictional posture is consistent with international copyright practice.

[52] As Mr. Radulescu and Globe24h.com are foreign-based, the Court must consider whether there is a real and substantial connection between them and Canada to find that PIPEDA applies to their activities. The operative question underlying the test is “whether there is sufficient connection between this country and the [activity] in question for Canada to apply its law consistent with the ‘principles of order and fairness’” and international comity: *SOCAN*, above, at paragraphs 57 and 60.

[53] This Court has applied PIPEDA to a foreign-based organization where there was evidence of a sufficient connection between the organization’s activities and Canada: *Lawson v. Accusearch Inc.*, 2007 FC 125, [2007] 4 F.C.R. 314 (*Lawson*), at paragraphs 38–43. The relevant connecting factors include (1) the location of the target audience of the website, (2) the source of the content on the website, (3) the location of the website operator, and (4) the location of the host server: *SOCAN*, above, at paragraphs 59 and 61; see also *Lawson*, above, at paragraph 41; *Davydiuk v. Internet Archive Canada*, 2014 FC 944, 127 C.P.R. (4th) 262 (*Davydiuk*), at paragraphs 31 and 32; *Desjean v. Intermix Media, Inc.*, [2006] FC 1395, [2007] 4 F.C.R. 151, at paragraph 42, affd 2007 FCA 365, 41 B.L.R. (4th) 78; *Equustek Solutions Inc. v. Google Inc.*, 2015 BCCA 265, 386 D.L.R. (4th) 224

Il est clair que l’information qui entre au Canada et qui en sort présente un intérêt considérable pour notre pays. Le Canada régleme la réception des signaux de radiodiffusion sur son territoire indépendamment de leur origine; voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42. Nos tribunaux judiciaires et administratifs se penchent régulièrement sur la responsabilité délictuelle découlant de transmissions en provenance de l’étranger qui sont reçues et ont des répercussions au pays; voir *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 1 (C.A. Alb.); *Re World Stock Exchange* (2000), 9 A.S.C.S. 658.

Notre Cour a généralement reconnu l’existence d’un « lien » justifiant l’exercice de la compétence lorsque le Canada était le pays de transmission (*Libman*, précité) ou de réception (*Liberty Net*, précité). Sa position est dans le droit fil des pratiques internationales en matière de droits d’auteur.

[52] Étant donné que M. Radulescu et Globe24h.com sont basés à l’étranger, la Cour doit déterminer s’il y a eu un lien réel et important entre eux et le Canada pour conclure que la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) s’applique à leurs activités. La question clé sous-jacente au critère est « l’existence entre le Canada et l’[activité en question] d’un lien suffisant pour que le Canada applique ses dispositions conformément aux “principes d’ordre et d’équité” » et à la courtoisie internationale : *SOCAN*, précité, aux paragraphes 57 et 60.

[53] La Cour a appliqué la LPRPDE à une organisation basée à l’étranger lorsqu’il existait un lien suffisant entre les activités de l’organisation et le Canada : *Lawson c. Accusearch Inc.*, 2007 CF 125, [2007] 4 R.C.F. 314 (*Lawson*), aux paragraphes 38 à 43. Parmi les facteurs de rattachement pertinents figurent 1) l’emplacement du public cible du site Web, 2) la source du contenu du site Web, 3) l’emplacement de l’exploitant du site Web et 4) l’emplacement du serveur hôte : *SOCAN*, précité, aux paragraphes 59 et 61; voir également *Lawson*, précité, au paragraphe 41; *Davydiuk c. Internet Archive Canada*, 2014 CF 944 (*Davydiuk*), aux paragraphes 31 et 32; *Desjean c. Intermix Media, Inc.*, [2006] CF 1395, [2007] 4 R.C.F. 151, au paragraphe 42, conf. par 2007 CAF 365; *Equustek Solutions Inc. c. Google Inc.*, 2015 BCCA 265, 386 D.L.R. (4th) 224 (*Equustek*), autori-

(*Equustek*) leave to appeal to the S.C.C. granted [2016] 1 S.C.R. xi.

[54] In this case, the location of the website operator and host server is Romania. However, when an organization's activities take place exclusively through a website, the physical location of the website operator or host server is not determinative because telecommunications occur "both here and there": *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178 (*Libman*), at page 208.

[55] In its submissions, the OPCC highlights three key connecting factors between the foreign-based website and Canada. First, the content that is at issue is Canadian court and tribunal decisions containing personal information which was copied by the respondent from Canadian legal websites. Second, the website directly targets Canadians by specifically advertising that it provides access to "Canadian Caselaw"/"Jurisprudence de Canada". The evidence is that the majority of visitors to *Globe24h.com* are from Canada. Third, the impact of the website is felt by members of the Canadian public. This is evidenced by the complaints received both by the OPCC and media reports of individuals suffering distress, embarrassment and reputational harm because of *Globe24h.com* republishing their personal information and making it accessible via search engines. The respondent is aware of these complaints.

[56] There is evidence that the Romanian authorities have acted to curtail the respondent's activities and that they have cooperated with the OPCC investigation. Is that sufficient reason not to exercise the PIPEDA jurisdiction in this context? I think not. I accept the submission of the OPCC that the principle of comity is not offended where an activity takes place abroad but has unlawful consequences here: *Libman*, above, at page 209.

sation de pourvoi devant la C.S.C. accordée [2016] 1 R.C.S. xi.

[54] Dans cette affaire, l'emplacement de l'exploitant du site Web et du serveur hôte est en Roumanie. Cependant, lorsque les activités d'une organisation se déroulent exclusivement par l'intermédiaire d'un site Web, le lieu d'origine de l'exploitant du site Web ou du serveur hôte n'est pas un facteur déterminant parce que les télécommunications se situent « à la fois ici et à l'autre endroit » : *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178 (*Libman*), à la page 208.

[55] Dans ses observations, le CPVP a souligné trois facteurs de rattachement clés entre le site Web basé à l'étranger et le Canada. En premier lieu, le contenu dont il est question est constitué de décisions de cours et de tribunaux canadiens; il contient des renseignements personnels qui ont été copiés par le défendeur sur des sites Web juridiques canadiens. En second lieu, le site Web cible directement les Canadiens, en particulier en faisant publier qu'il fournit un accès à « Canadian Caselaw »/« Jurisprudence de Canada ». La preuve démontre que la majorité des visiteurs de *Globe24h.com* sont originaires du Canada. En troisième lieu, les répercussions du site Web sont ressenties par les membres du public canadien. Cela est prouvé par le fait que les plaintes reçues à la fois par le CPVP et les articles de presse rapportant la détresse, l'embarras et l'atteinte à la réputation des personnes visées parce que *Globe24h.com* republiait leurs renseignements personnels, les rendant ainsi accessibles par l'intermédiaire de moteurs de recherche. Le défendeur est au courant de ces plaintes.

[56] Il existe des éléments de preuve démontrant que les autorités roumaines ont agi pour restreindre les activités du défendeur et qu'elles ont coopéré à l'enquête du CPVP. Est-ce une raison suffisante pour ne pas exercer la compétence de la LPRPDE dans ce contexte? Je ne crois pas. Je souscris à l'observation du CPVP selon laquelle le principe de la courtoisie n'est pas enfreint lorsqu'une activité se déroule à l'étranger, mais qu'elle a des conséquences illégales ici : *Libman*, précité, à la page 209.

[57] In *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69 (*Chevron*), the Supreme Court was asked to determine whether the Ontario Courts have jurisdiction over a Canadian subsidiary of Chevron, an American corporation and a stranger to the foreign judgment for which recognition and enforcement was being sought in Canada. In that case, the Ontario Court of Appeal had affirmed an Ecuadorian judgment against Chevron.

[58] In upholding the Ontario Court of Appeal's decision, Justice Gascon noted that "Canadian courts, like many others, have adopted a generous and liberal approach to the recognition and enforcement of foreign judgments": *Chevron*, above, at paragraph 27. The only prerequisite for recognizing and enforcing such a judgment is that the foreign court had a real and substantial connection with the litigants or with the subject matter of the dispute, or that the traditional bases of jurisdiction were satisfied: *Chevron*, above, at paragraph 27.

[59] On the principle of comity, Justice Gascon observes that "the need to acknowledge and show respect for the legal acts of other states has consistently remained one of the principle's core components": *Chevron*, above, at paragraph 53. In this regard, comity militates in favour of recognition and enforcement. The principle of comity further provides that legitimate judicial acts should be respected and enforcement not sidetracked or ignored: *Chevron*, above, at paragraph 53.

[60] In the case at bar, since Romanian authorities have cooperated with the OPCC investigation and taken action to curtail the respondent's activities, the legitimate judicial acts of this Court will not be seen as offending the principle of comity. The respondent was fined for contravening Romanian data protection laws by, among other things, charging a fee for the removal of personal information from Globe24h.com. The respondent has appealed this fine to a Romanian court. Given the involvement of the Romanian counterpart to the OPCC, this Court's findings would complement rather than offend any action that may be taken in a Romanian court.

[57] Dans la décision *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69 (*Chevron*), on a demandé à la Cour suprême de déterminer si les tribunaux ontariens ont compétence à l'égard d'une filiale canadienne de Chevron, une société américaine, qui n'est pas partie au jugement étranger dont on demande la reconnaissance et l'exécution au Canada. Dans ce cas précis, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement équatorien à l'encontre de Chevron.

[58] En confirmant la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Gascon a souligné que : « Les tribunaux canadiens, à l'instar de bien d'autres, ont adopté une approche souple et libérale en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. » : *Chevron*, précitée, au paragraphe 27. Pour la reconnaissance et l'exécution de ces jugements, la seule condition préalable est que le tribunal étranger ait eu un lien réel et substantiel avec les parties au litige ou avec l'objet du litige, ou que les fondements traditionnels de la compétence soient respectés : *Chevron*, précitée, au paragraphe 27.

[59] Sur le principe de la courtoisie, le juge Gascon fait remarquer que « le besoin de reconnaître et respecter les mesures juridiques prises par d'autres États est invariablement demeuré un des éléments au cœur de ce principe » : *Chevron*, précitée, au paragraphe 53. À cet égard, la courtoisie milite en faveur de la reconnaissance et de l'exécution. Le principe de la courtoisie prévoit en outre qu'il convient de respecter et d'exécuter les actes judiciaires légitimes et non pas de les écarter ou d'en faire abstraction : *Chevron*, précitée, au paragraphe 53.

[60] En l'espèce, puisque les autorités roumaines ont coopéré avec le CPVP dans le cadre de l'enquête et pris des mesures pour restreindre les activités du défendeur, les actes judiciaires légitimes de notre Cour ne seront pas considérés comme une violation du principe de la courtoisie. Le défendeur a reçu une amende pour avoir enfreint les lois roumaines sur la protection des données, entre autres, pour avoir facturé des frais afin de supprimer des renseignements personnels de Globe24h.com. Le défendeur a interjeté appel de cette amende auprès d'un tribunal roumain. Étant donné la participation de l'équivalent roumain du CPVP, les

[61] During the OPCC’s investigation, the respondent relied on the Supreme Court’s decision in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572 (*Van Breda*) to argue that the PIPEDA did not apply to his activities in Romania. *Van Breda* concerned two individuals that were injured while on vacation outside of Canada. Actions were brought in Ontario against a number of parties, including Club Resorts Ltd., a company incorporated in the Cayman Islands.

[62] Club Resorts Ltd., the appellant in *Van Breda*, argued that the Ontario courts lacked jurisdiction. To determine the issue of jurisdiction, the Supreme Court applied the “real and substantial connection” test. The Court had to consider whether carrying on business in the jurisdiction may also be considered an appropriate connecting factor. Ultimately, the Court found that the notion of carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction, such as maintaining an office there or regularly visiting the territory of the particular jurisdiction: *Van Breda*, above, at paragraph 87.

[63] However, I note that the Supreme Court was careful to distinguish between traditional categories of business and “e-trade”. Justice LeBel noted that the Court was not asked to decide whether e-trade in the jurisdiction would amount to a presence in the jurisdiction. Had there been a discussion about jurisdiction in the context of e-trade, I would have considered the connecting factors discussed in *Van Breda* as helpful to the analysis in the case at bar.

[64] *Van Breda* was limited to the specific context of tort claims. The Supreme Court was clear that it was not, in that case, providing an “inventory of connecting factors covering the conditions for the assumption of jurisdiction over all claims known to the law”: *Van Breda*, above, at paragraph 85. The Court was concerned about

conclusions de la Cour ajouteraient un complément aux mesures prises devant la Cour roumaine plutôt que d’aller à leur rencontre.

[61] Pendant l’enquête du CPVP, le défendeur s’est fondé sur une décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572 (*Van Breda*) pour soutenir que la LPRPDE ne s’appliquait pas à ses activités en Roumanie. L’arrêt *Van Breda* concernait deux personnes ayant subi un préjudice pendant leurs vacances à l’extérieur du Canada. Des poursuites ont été intentées en Ontario contre plusieurs parties, notamment Club Resorts Ltd., une société constituée aux îles Caïmans.

[62] Club Resorts Ltd., l’appelante dans l’arrêt *Van Breda*, a invoqué le défaut de compétence des tribunaux ontariens. Pour déterminer la question de la compétence, la Cour suprême a appliqué le critère du « lien réel et substantiel ». La Cour devait déterminer si l’exploitation d’une entreprise dans la province pouvait être considérée comme un lien factuel adéquat. En définitive, la Cour a conclu que la notion d’exploitation d’une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d’y tenir un bureau ou d’y effectuer régulièrement des visites : *Van Breda*, précité, au paragraphe 87.

[63] Toutefois, je constate que la Cour suprême a pris soin de faire la distinction entre les catégories d’affaires et le commerce en ligne. Le juge LeBel a fait remarquer que l’on n’avait pas demandé à la Cour si le commerce en ligne dans une juridiction nécessitait une présence dans ladite juridiction. S’il y avait eu une discussion sur la juridiction dans le contexte du commerce en ligne, j’aurais considéré les facteurs de rattachement discutés dans l’arrêt *Van Breda* comme utiles à l’analyse en l’espèce.

[64] L’arrêt *Van Breda* se limitait au contexte spécifique des réclamations en responsabilité civile délictuelle. La Cour suprême indiquait clairement qu’il ne s’agissait pas de fournir « une liste complète des facteurs de rattachement concernant les conditions permettant aux tribunaux de se déclarer compétents à l’égard de tous les

creating what would amount to forms of universal jurisdiction in respect of tort claims arising out of certain categories of business or commercial activity. As such, Justice LeBel confined the application of *Van Breda* to limited areas of private international law and international tort: *Van Breda*, above, at paragraph 87; see also *Chevron*, above, at paragraphs 38 and 39; *Davydiuk*, above, at paragraphs 28 and 29.

B. The respondent is collecting, using and disclosing personal information in the course of “commercial activities”

[65] The Court is satisfied that the respondent is an “organization” within the meaning of paragraph 4(1)(a) of PIPEDA. First, Mr. Radulescu is a “person” and thus falls within the scope of an “organization” as defined under subsection 2(1) of PIPEDA. There is no evidence that Globe24h.com is anything other than a website created to carry out Mr. Radulescu’s activities. Second, the respondent is collecting, using and disclosing Canadian court and tribunal decisions containing personal information of litigants and other individuals named in the decisions. Third, the respondent’s activities are commercial in nature as he generated revenue from advertisements on his website and he charges a transaction fee before agreeing to remove the personal information of concerned individuals.

[66] The respondent’s most recent claim that he does not charge for data removal and no longer generates revenue from Globe24h.com is not credible. The OPCC record establishes that the respondent has made similar claims in the past but when contacted by individuals to remove decisions from his website demanded a fee of 200 euros. In any event, he cannot escape the application of PIPEDA by claiming that his future activities will not be commercial in nature.

recours connus en droit » : *Van Breda*, précité, au paragraphe 85. La Cour s’est inquiétée de créer l’équivalent d’une forme de juridiction universelle en ce qui concerne les réclamations en responsabilité civile délictuelle issues de certaines catégories d’affaires ou d’activité commerciale. Ainsi, le juge LeBel a limité l’application de l’arrêt *Van Breda* au domaine du droit international privé et de la faute internationale : *Van Breda*, précité, au paragraphe 87; voir aussi *Chevron*, précitée, aux paragraphes 38 et 39; *Davydiuk*, précité, aux paragraphes 28 et 29.

B. Le défendeur collecte, utilise et publie des renseignements personnels au cours « d’activités commerciales »

[65] La Cour estime que le défendeur est une « organisation » au sens de l’alinéa 4(1)a) de la LPRPDE. Premièrement, M. Radulescu est une « personne » et relève donc d’une « organisation » telle que définie au paragraphe 2(1) de la LPRPDE. Aucun élément de preuve ne démontre que Globe24h.com constitue autre chose qu’un site Web créé pour l’exécution des activités de M. Radulescu. Deuxièmement, le défendeur collecte, utilise et publie des décisions de cours et tribunaux canadiens qui contiennent des renseignements personnels sur les plaideurs et autres personnes dont les noms apparaissent dans ces décisions. Troisièmement, les activités du défendeur sont de nature commerciale en ce sens que ce dernier a généré des revenus à partir des annonces sur le site Web et qu’il facture des frais de transaction avant d’accepter de retirer les renseignements personnels des personnes concernées.

[66] La plus récente allégation du défendeur portant qu’il ne facture pas le retrait des données et qu’il ne génère plus de revenus à partir de Globe24h.com n’est pas crédible. Le dossier du CPVP établit que le défendeur a fait des réclamations similaires par le passé, mais qu’il a exigé des frais de 200 euros lorsque des individus lui ont demandé de retirer les décisions de son site Web. De toute manière, il ne peut échapper à l’application de la LPRPDE en alléguant que ses activités futures ne seront pas de nature commerciale.

C. The respondent's purposes are not exclusively "journalistic" in nature

[67] The respondent has claimed in communications with the OPCC that his purposes in operating Globe24h.com should be considered exclusively journalistic. Should the Court accept that claim, Part 1 of PIPEDA does not apply to his activities because the personal information collected, used or disclosed falls under the exception provided by paragraph 4(2)(c) of PIPEDA.

[68] The "journalistic" purpose exception is not defined in PIPEDA and it has not received substantive treatment in the jurisprudence. The OPCC submits that the Canadian Association of Journalists has suggested that an activity should qualify as journalism only where its purpose is to (1) inform the community on issues the community values, (2) it involves an element of original production, and (3) it involves a "self-conscious discipline calculated to provide an accurate and fair description of facts, opinion and debate at play within a situation". Those criteria appear to be a reasonable framework for defining the exception. None of them would apply to what the respondent has done.

[69] The Alberta Court of Appeal interpreted similar statutory language in Alberta's *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5: *United Food and Commercial Workers, Local 401 v. Alberta (Attorney General)*, 2012 ABCA 130 (CanLII), 522 A.R. 197, aff'd 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733 (*United Food*). Specifically, in considering the adjective "journalistic", the [Alberta] Court of Appeal noted that "it is unreasonable to think that the Legislature intended it to be so wide as to encompass everything within the phrase 'freedom of opinion and expression'": *United Food*, above, at paragraph 56. Further, the Court noted that "[n]ot every piece of information posted on the Internet qualifies [as journalism]": *United Food*, above, at paragraph 59.

[70] In my view, the respondent's claimed purpose "to make law accessible for free on the Internet" on

C. Les objectifs du défendeur ne sont pas exclusivement de nature « journalistique »

[67] Lors de communications avec le CPVP, le défendeur a allégué que ses objectifs d'exploitation de Globe24h.com devraient être considérés comme étant exclusivement journalistiques. Dans l'éventualité où la Cour accepterait cette affirmation, la première partie de la LPRPDE ne s'applique pas à ses activités puisque les renseignements collectés, utilisés ou publiés correspondent à l'exception formulée à l'alinéa 4(2)c) de la LPRPDE.

[68] L'exception d'objectif « journalistique » n'est pas définie dans la LPRPDE et n'a pas été traitée de façon substantielle dans la jurisprudence. Le CPVP fait valoir que l'Association canadienne des journalistes a suggéré qu'une activité ne devrait être qualifiée de journalistique que lorsque son objectif est 1) d'informer la collectivité sur des questions qui l'intéresse, 2) lorsqu'elle concerne un élément de la production originale et 3) une « auto-discipline visant à présenter une description exacte et juste des faits, des opinions et des débats d'une situation ». Ces critères semblent constituer un cadre raisonnable permettant de définir une exception. Aucun d'entre eux ne s'applique aux actions du défendeur.

[69] La Cour d'appel de l'Alberta a interprété une formulation législative similaire dans la *Personal Information Protection Act* de l'Alberta, S.A. 2003, ch. P-6.5 : *United Food and Commercial Workers, Local 401 v. Alberta (Attorney General)*, 2012 ABCA 130 (CanLII), 522 A.R. 197, conf. par 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733 (*United Food*). Plus précisément, dans le cas de l'adjectif « journalistique », la Cour d'appel [de l'Alberta] a fait remarquer qu'il est [TRADUCTION] « déraisonnable de penser que le législateur l'a conçu assez large pour tout inclure à l'intérieur de la phrase "liberté d'opinion et d'expression" » : *United Food*, précité, au paragraphe 56. En outre, la Cour a fait remarquer que [TRADUCTION] « ce [n']est pas chaque élément d'information publié sur Internet qui peut être qualifié de [journalisme] » : *United Food*, précité, au paragraphe 59.

[70] À mon avis, l'objectif déclaré du défendeur de « rendre la loi accessible gratuitement sur Internet » par

Globe24h.com cannot be considered “journalistic”. In this instance, there is no need to republish the decisions to make them accessible as they are already available on Canadian websites for free. The respondent adds no value to the publication by way of commentary, additional information or analysis. He exploits the content by demanding payment for its removal.

[71] The evidence indicates that the respondent’s primary purpose is to incentivize individuals to pay to have their personal information removed from the website. A secondary purpose, until very recently, was to generate advertising revenue by driving traffic to his website through the increased exposure of personal information in search engines. There is no evidence that the respondent’s intention is to inform the public on matters of public interest.

[72] Even if the respondent’s activities could be considered journalistic in part, the exemption under paragraph 4(2)(c) only applies where the information is collected, used or disclosed *exclusively* for journalistic purposes. It is clear from the record that Globe24h.com’s purposes extend beyond journalism.

D. *Is the respondent’s purpose for collecting, using and disclosing personal information “appropriate” under subsection 5(3) of PIPEDA?*

[73] Subsection 5(3) creates an overarching requirement that an organization “collect, use or disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances.” This must also be read in light of the underlying purpose of Part 1 of PIPEDA provided by section 3.

[74] In considering whether an organization complies with subsection 5(3) of PIPEDA, this Court has in the past considered whether (1) the collection, use or disclosure of personal information is directed to a *bona fide* business interest, and (2) whether the loss of privacy

l’intermédiaire de Globe24h.com ne peut être considéré comme « journalistique ». Dans ce cas, il n’est pas nécessaire de publier de nouveau les décisions pour les rendre accessibles étant donné qu’elles le sont déjà gratuitement sur les sites du Canada. Le défendeur n’ajoute rien à la publication par des commentaires, des renseignements supplémentaires ou une analyse. Il exploite le contenu en exigeant paiement pour le retirer.

[71] La preuve indique que le premier objectif du défendeur consiste à inciter les individus à payer pour que leurs renseignements personnels soient retirés du site Web. Un deuxième objectif, jusqu’à tout récemment, consistait à générer des revenus de publicité en orientant le trafic vers son site Web grâce à la visibilité accrue des renseignements personnels sur les moteurs de recherche. Aucun élément de preuve ne permet d’établir que l’intention du défendeur est d’informer les gens sur des sujets d’intérêt public.

[72] Même si les activités du défendeur peuvent être considérées comme partiellement journalistiques, l’exemption de l’alinéa 4(2)c) ne s’applique que lorsque les renseignements sont collectés, utilisés ou publiés *exclusivement* à des fins journalistiques. Il est clair à partir du dossier que les objectifs de Globe24h.com s’étendent au-delà du journalisme.

D. *Est-ce que l’objectif du défendeur dans sa collecte, son utilisation et sa publication des renseignements personnels est « approprié » selon le paragraphe 5(3) de la LPRPDE?*

[73] Le paragraphe 5(3) énonce qu’une organisation « ne peut recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels qu’à des fins qu’une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances ». Cela doit aussi être interprété à la lumière de l’objectif sous-jacent de la partie 1 de la LPRPDE, à l’article 3.

[74] Afin de déterminer si une organisation respecte le paragraphe 5(3) de la LPRPDE, par le passé, la Cour a déjà cherché à savoir si 1) la collecte, l’utilisation ou la publication de renseignements personnels étaient dirigés vers un véritable intérêt commercial et 2) si la perte

is proportional to any benefit gained: *Turner v. Telus Communications Inc.*, 2005 FC 1601, 284 F.T.R. 38, at paragraph 48, aff'd 2007 FCA 21, [2007] 4 F.C.R. 368.

[75] I agree with the OPCC that a reasonable person would not consider the respondent to have a *bona fide* business interest. In making this argument, the Commissioner relies on the Canadian Judicial Council's (CJC) *Model Policy for Access to Court Records in Canada* (Model Policy) and the OPCC's own guidance document to federal administrative tribunals. The CJC Model Policy discourages decisions that are published online to be indexed by search engines as this would prevent information from being available when the purpose of the search is not to find court records. The policy recognizes that a balance must be struck between the open courts principle and increasing online access to court records where the privacy and security of participants in judicial proceedings will be at issue.

[76] The CJC has struck a balance by advising courts to prevent judgments from being discovered unintentionally through search engines. To this end, the CJC has recommended that judgments published online should not be indexed by search engines. The OPCC notes that CanLII and other court and tribunal websites generally follow the CJC's Model Policy and prevent their decisions from being indexed by search engines through web robot exclusion protocols and other means. Indeed, the Federal Court has taken such measures to prevent our decisions from being indexed. That does not bar anyone from visiting the Federal Court website and conducting a name search. But it does prevent the cases from being listed in a casual web search. The respondent's actions result in needless exposure of sensitive personal information of participants in the justice system via search engines.

de confidentialité était proportionnelle aux avantages obtenus : *Turner c. Telus Communications Inc.*, 2005 CF 1601, au paragraphe 48, conf. par 2007 CAF 21, [2007] 4 R.C.F. 368.

[75] Je suis d'accord avec l'opinion du CPVP selon laquelle aucune personne raisonnable ne considérerait que le défendeur a un véritable intérêt commercial. En présentant cet argument, le Commissaire s'appuie sur le *Modèle de politique sur l'accès aux archives judiciaires au Canada* (Modèle de politique) du Conseil canadien de la magistrature (CCM) et sur le propre document d'orientation du CPVP en ce qui concerne les tribunaux administratifs fédéraux. Le Modèle de politique du CCM décourage l'indexation des décisions publiées en ligne, car il empêche l'accès à l'information lorsque l'objectif de la recherche ne consiste pas à trouver des dossiers de cour. Le Modèle de politique reconnaît qu'il faut trouver un équilibre entre le principe de la transparence de la justice et l'accès en ligne accru aux dossiers judiciaires où la vie privée et la sécurité des participants aux procédures judiciaires feront l'objet de débats.

[76] Le CCM a trouvé un équilibre en conseillant aux tribunaux d'empêcher la découverte involontaire des jugements au moyen des moteurs de recherche. À cette fin, le CCM a recommandé que les jugements publiés en ligne ne soient pas indexés par les moteurs de recherche. Le CPVP fait remarquer que CanLII et d'autres sites Web sur les cours et les tribunaux suivent généralement le Modèle de politique du CCM et empêchent que leurs décisions soient indexées par des moteurs de recherche grâce à des protocoles d'exclusion des robots informatiques et d'autres moyens. En effet, la Cour fédérale a pris des mesures pour empêcher l'indexation des décisions de la Cour. Cela n'interdit pas à quiconque de visiter le site Web de la Cour fédérale et de faire une recherche par nom des parties. Mais cela empêche de tomber sur une liste de cas dans une recherche générale par mots clés. Les gestes du défendeur entraînent, par le biais des moteurs de recherche, une visibilité inutile des renseignements personnels confidentiels des participants au système de justice.

E. Does the “publicly available” exception apply to the personal information republished on *Globe24h.com* under section 7 of PIPEDA?

[77] The OPCC submits that section 7 must be read in conjunction with paragraph 1(d) of the *Regulations Specifying Publicly Available Information*, SOR/2001-7, which specify that records or documents of judicial or quasi-judicial bodies are to be considered publicly available provided certain conditions are met:

1 The following information and classes of information are specified for the purposes of paragraphs 7(1)(d), (2)(c.1) and (3)(h.1) of [PIPEDA]:

...

(d) personal information that appears in a record or document of a judicial or quasi-judicial body, that is available to be public, where the collection, use and disclosure of the personal information relate directly to the purpose for which the information appears in the record or document....

[78] The Court agrees with the Commissioner that the respondent’s purposes in republishing decisions do not “relate directly” to the purpose for which the personal information appears in the decisions. The respondent’s purposes are unrelated to the open courts principle. Instead, the respondent’s website serves to undermine the administration of justice by potentially causing harm to participants in the justice system. As the applicant has argued, the publication of such information on an indexed website may well discourage people from accessing the justice system.

[79] In the Court’s view, there is no reasonable basis on which the respondent could rely on the “publicly available” exception under section 7 of PIPEDA.

E. Est-ce que l’exception de « l’accessibilité au public », selon l’article 7 de la LPRPDE, s’applique aux renseignements personnels reproduits sur *Globe24h.com*?

[77] Le CPVP estime que l’article 7 doit se lire conjointement avec l’alinéa 1d) du *Règlement précisant les renseignements auxquels le public a accès*, DORS/2001-7, qui précise que les dossiers ou documents des organismes judiciaires et quasi-judiciaires doivent être considérés comme accessibles au public à condition que certaines exigences soient respectées :

1 Les renseignements et catégories de renseignements ci-après sont précisés pour l’application des alinéas 7(1)d), (2)c.1) et (3)h.1) de la [LPRPDE] :

[...]

d) les renseignements personnels qui figurent dans un dossier ou document d’un organisme judiciaire ou quasi judiciaire, qui est accessible au public, si la collecte, l’utilisation et la communication de ces renseignements sont directement liées à la raison pour laquelle ils figurent dans le dossier ou document;

[78] La Cour convient avec le commissaire que les objectifs du défendeur en reproduisant les décisions ne sont pas « directement reliés » à l’objectif pour lequel les renseignements personnels apparaissent dans les décisions. Les objectifs du défendeur n’ont aucun rapport avec le principe de la publicité des débats judiciaires. Le site Web du défendeur contribue plutôt à miner l’administration de la justice en risquant de causer des préjudices aux participants du système de justice. Comme le demandeur l’a fait valoir, la publication d’une telle information sur un site Web indexé pourrait bien décourager les gens d’avoir accès au système de justice.

[79] De l’avis de la Cour, il n’existe aucun fondement raisonnable permettant au défendeur de s’appuyer sur l’exception de « l’accessibilité au public » selon l’article 7 de la LPRPDE.

F. *What remedies should this Court grant under section 16 of PIPEDA?*

(1) A corrective order

[80] The OPCC supports the applicant's request for an order requiring the respondent to correct his practices in order to comply with PIPEDA under paragraph 16(a). The respondent not being a resident of Canada does not bar the making of an extraterritorial order where the underlying dispute is within the jurisdiction of the Court: *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 SCC 20, [2007] 1 S.C.R. 867, at paragraph 6; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 O.R. (3d) 416 (C.A.) (*Barrick Gold*), at paragraphs 73–77; *Equustek*, above, at paragraphs 81–99.

[81] However, as noted by the Ontario Court of Appeal in *Barrick Gold*, above, at paragraph 73, courts have traditionally been reluctant to grant injunctive relief against defendants who are outside the jurisdiction. The reason for this is explained by Robert J. Sharpe in his text, *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf edition (Toronto: Canada Law Book, November 2002), at pages 1-54 to 1-55:

Claims for injunctions against foreign parties present jurisdictional constraints which are not encountered in the case of claims for money judgments. In the case of a money claim, the courts need not limit assumed jurisdiction to cases where enforceability is ensured. Equity, however, acts in personam and the effectiveness of an equitable decree depends upon the control which may be exercised over the person of the defendant. If the defendant is physically present, it will be possible to require him or her to do, or permit, acts outside the jurisdiction. The courts have, however, conscientiously avoided making orders which cannot be enforced. The result is that the courts are reluctant to grant injunctions against parties not within the jurisdiction and the practical import of rules permitting service ex juris in respect of injunction claims is necessarily limited. Rules of court are typically limited to cases where it is sought to restrain the defendant from doing anything within the jurisdiction. As a practical matter the defendant “who is doing anything within the jurisdiction” will usually be physically present within the jurisdiction to allow service.

F. *Quelles réparations la Cour peut-elle accorder conformément à l'article 16 de la LPRPDE?*

1) Imposition de mesures correctives

[80] Le CPVP soutient la requête du demandeur d'imposer au défendeur la correction de ses pratiques afin de se conformer à l'alinéa 16a) de la LPRPDE. Le fait que le défendeur ne réside pas au Canada n'empêche pas de rendre une ordonnance extraterritoriale où le fond du litige fait partie de la juridiction de la Cour : *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 CSC 20, [2007] 1 R.C.S. 867, au paragraphe 6; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia*, 2004 CanLII 12938, 71 O.R. (3d) 416 (C.A.) (*Barrick Gold*), aux paragraphes 73 à 77; *Equustek*, précité, aux paragraphes 81 à 99.

[81] Cependant, comme le fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *Barrick Gold*, précité, au paragraphe 73, les cours ont traditionnellement été réticentes à prononcer un redressement par injonction contre des défendeurs qui résident à l'extérieur de la juridiction. On en trouve les raisons dans le texte de Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, édition à feuilles mobiles (Toronto : Canada Law Book, novembre 2002), aux pages 1-54 à 1-55 :

[TRADUCTION] Les demandes d'injonction contre des parties étrangères présentent des contraintes de nature juridictionnelle que l'on ne rencontre pas dans les cas d'injonction à la suite des jugements de nature pécuniaire. Dans le cas d'une réclamation pécuniaire, les Cours n'ont pas à limiter leur compétence présumée aux cas où le caractère exécutoire est assuré. L'équité agit cependant *in personam* et l'efficacité d'une ordonnance équitable dépend du contrôle qui peut être exercé sur la personne du défendeur. Si le défendeur est présent physiquement, il sera possible d'exiger de lui ou d'elle qu'elle fasse ou qu'elle permette des actions à l'extérieur de la juridiction. Les Cours ont toutefois évité consciencieusement de rendre des ordonnances qui ne peuvent être appliquées. Il en résulte que les Cours sont réticentes à accorder des injonctions contre des parties extérieures à la juridiction et l'importation pratique de règles autorisant la signification *ex juris* des demandes d'injonction est nécessairement limitée. Les règles de la Cour sont généralement limitées aux cas où l'on recherche à empêcher le défendeur de faire quoi que ce soit à l'intérieur

[82] The jurisprudence is clear that courts must exercise restraint in granting remedies that have international ramifications. That said, in some circumstances, courts do issue extraterritorial orders where there is a “real and substantial connection” between the organization’s activities and Canada: *Equustek*, above, at paragraphs 51–56.

[83] The OPCC has presented considerable evidence as to the nature of the respondent’s enterprise based in Romania, and the degree to which it can be said to do business in Canada. As mentioned above, the content of Globe24h.com that is at issue is Canadian court and tribunal decisions. The OPCC’s evidence demonstrates that these decisions containing personal information were deliberately downloaded by the respondent from Canadian legal websites, such as CanLII, and republished on Globe24h.com. Moreover, the respondent has made a profit from Canadians by requiring them to pay a fee to have their personal information removed from the website.

[84] As noted by the British Columbia Court of Appeal in *Equustek*, above, at paragraph 85, “[o]nce it is accepted that a court has *in personam* jurisdiction over a person, the fact that its order may affect activities in other jurisdictions is not a bar to it making an order.” Further, in the context of Internet abuses, courts of many other jurisdictions have found orders that have international effects to be necessary: *Equustek*, above, at paragraph 95, citing *APC c. Auchan Telecom*, 11/60013, Judgment (28 November 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *Mc Keogh v. John Doe 1 & Ors*, [2012] IEHC 95 (Irish High Court, case No. 2012 1254 P); *Mosley c. Google*, 11/07970, Judgment (6 November 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); and *ECJ Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Espanola de Protección de Datos, Mario Costeja González*, C-131/12 [2014], CURIA.

de la juridiction. De façon pratique, le défendeur « qui fait quoi que ce soit à l’intérieur de la juridiction » y sera physiquement présent pour permettre la signification.

[82] La jurisprudence indique clairement que les cours doivent agir avec retenue dans l’octroi de réparations qui ont des ramifications internationales. Ce qui signifie qu’en certaines circonstances, les cours rendent des ordonnances extraterritoriales là où il y a « des liens véritables et étroits » entre les activités de l’organisation et le Canada : *Equustek*, précité, aux paragraphes 51 à 56.

[83] Le CPVP a présenté de la preuve considérable concernant la nature de l’entreprise du défendeur basée en Roumanie et la mesure dans laquelle on peut affirmer que cette entreprise mène des activités au Canada. Tel que mentionné précédemment, le site Globe24h.com dont il est question contient des décisions de cours et de tribunaux canadiens. Les éléments de preuve du CPVP démontrent que ces décisions contenant des renseignements personnels ont été téléchargées délibérément par le défendeur à partir de sites Web juridiques canadiens, comme CanLII, et republiés sur Globe24h.com. En outre, le défendeur a réalisé un profit auprès de Canadiens en exigeant de ceux-ci le paiement de frais pour retirer leurs renseignements personnels du site Web en question.

[84] Comme l’a fait remarquer la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Equustek*, précité, au paragraphe 85, [TRADUCTION] « [u]ne fois qu’il a été accepté qu’un tribunal détient la compétence *in personam* à l’égard d’une personne, le fait que son ordonnance puisse avoir une incidence sur des activités dans d’autres ressorts territoriaux n’est pas un obstacle à l’émission d’une ordonnance par ce tribunal ». De plus, dans le contexte des abus sur Internet, les tribunaux ou cours de nombreux ressorts ont conclu que des ordonnances ayant des effets internationaux sont nécessaires : *Equustek*, précité, au paragraphe 95, citant *APC c. Auchan Telecom*, 11/60013, jugement (28 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *Mc Keogh v. John Doe 1 & Ors*, [2012] IECH 95 (Haute Cour irlandaise, arrêt n° 2012 1254 P); *Mosley c. Google*, 11/07970, jugement (6 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *ECJ Google Spain SL, Google*

Inc. v. Agencia Espanola de Protección de Datos, Mario Costeja González, C-131/12 [2014], CURIA.

[85] I was concerned about the enforceability of any order against the respondent as he and his server are not physically present in Canada. However, having considered the matter I am satisfied that the issuance of a corrective order in Canada may assist the applicant in pursuing his remedies in Romania. Moreover, as argued by the Commissioner, it may assist in persuading the operators of search engines to de-index the pages carried by the respondent web site.

[86] Paragraph 16(a) of PIPEDA does authorize this Court to grant a corrective order requiring the respondent to correct his practices to comply with sections 5 to 10 of that legislation. Having reviewed the relevant authorities and having found that the underlying dispute is within the jurisdiction of this Court, I do not find that there is either a jurisdictional or a practical bar to granting a corrective order with extraterritorial effects.

(2) Declaratory relief

[87] The OPCC submits that declaratory relief is available to the applicant under section 16 of PIPEDA as the remedies provided are explicitly “in addition to any other remedies [this Court] may give”.

[88] A declaration that the respondent has contravened PIPEDA, combined with a corrective order, would allow the applicant and other complainants to submit a request to Google or other search engines to remove links to decisions on Globe24h.com from their search results. Google is the principal search engine involved and its policy allows users to submit this request where a court has declared the content of the website to be unlawful. Notably, Google’s policy on legal notices states that completing and submitting the Google form online does not guarantee that any action will be taken on the request. Nonetheless, it remains an avenue open to the applicant and others similarly affected. The OPCC

[85] J’avais des réserves au sujet de la force exécutoire de toute ordonnance émise contre le défendeur, étant donné que celui-ci et son serveur ne sont pas présents physiquement au Canada. Toutefois, après avoir étudié l’affaire, je suis persuadé que l’émission d’une ordonnance de mesure corrective au Canada peut aider le demandeur à poursuivre ses recours en Roumanie. En outre, comme l’a fait valoir le commissaire, une telle ordonnance peut aider à persuader les exploitants de moteurs de recherche à désindexer les pages affichées sur le site Web du défendeur.

[86] L’alinéa 16a) de la LPRPDE autorise la Cour à accorder une ordonnance de mesure corrective exigeant que le défendeur corrige ses pratiques afin de se conformer aux dispositions des articles 5 à 10 de la Loi. Ayant passé en revue les pouvoirs pertinents et conclu que le litige relève de la compétence de la Cour, j’estime qu’il n’y a pas d’obstacle pratique ni en matière de compétence à l’octroi d’une ordonnance de mesure corrective avec effets extraterritoriaux.

2) Jugement déclaratoire

[87] Le CPVP estime qu’en vertu de l’article 16 de la LPRPDE, le demandeur peut solliciter un jugement déclaratoire étant donné que les réparations accordées sont explicitement « en sus de toute autre réparation [que la Cour] accorde ».

[88] Un jugement déclaratoire voulant que le défendeur a contrevenu à la LPRPDE, combinée à une ordonnance de mesure corrective, permettrait au demandeur ainsi qu’à d’autres plaignants de soumettre une requête à Google ou à d’autres exploitants de moteurs de recherche pour faire retirer de leurs résultats de recherche les hyperliens vers des décisions affichées sur le site Globe24h.com. Google est le principal moteur de recherche concerné, et ses politiques permettent aux utilisateurs de soumettre leur requête dans les cas où un tribunal a déclaré que le contenu d’un site Web est illégal. Il convient de noter que la politique de Google sur les annonces légales énonce que le fait de remplir et de

contends that this may be the most practical and effective way of mitigating the harm caused to individuals since the respondent is located in Romania with no known assets.

[89] At the hearing on November 9, 2016, I requested that the OPCC provide additional authorities dealing specifically with the authority of the Federal Court to issue systemic remedies (i.e., remedies that go beyond the circumstances of an individual applicant) in appropriate cases.

[90] In their post-hearing submissions, the OPCC noted that the wording of section 16 of PIPEDA empowers the Court to craft remedies which address systemic non-compliance. They argued that such remedies will necessarily go beyond, and be of benefit to, more than just the individual applicant since their aim will be to correct how an organization collects, uses and discloses personal information generally.

[91] In *Englander v. Telus Communications Inc.*, 2004 FCA 387, [2005] 2 F.C.R. 572 (*Englander*), the Federal Court of Appeal found that the respondent, Telus Communications Inc., had infringed section 5 of PIPEDA. The Court noted that the applicant, Mr. Englander had not been personally affected by the respondent's breach. However, because an ongoing contravention of PIPEDA had been made out, the Court was prepared to issue a "future-oriented" order requiring the respondent to change its practices so that they complied with PIPEDA: *Englander*, above, at paragraph 90.

[92] In *Donaghy v. Scotia Capital Inc.*, 2007 FC 224, 320 F.T.R. 9 (*Donaghy*), Justice Strayer, pursuant to paragraph 16(a) of PIPEDA, ordered a bank to clarify how

soumettre le formulaire Google en ligne ne garantit pas qu'une quelconque mesure sera prise comme suite à la demande. Néanmoins, une telle requête demeure une voie qui s'offre au demandeur et à d'autres personnes touchées d'une façon similaire. Le CPVP considère que cette voie peut être le moyen le plus pratique et efficace d'atténuer le préjudice causé à des personnes, étant donné que le défendeur réside en Roumanie et ne dispose pas d'actifs connus.

[89] Lors de l'audience du 9 novembre 2016, j'ai demandé que le CPVP fournisse des précédents supplémentaires concernant spécifiquement le pouvoir de la Cour fédérale d'accorder des réparations systémiques (c.-à-d. des réparations qui vont au-delà des circonstances relatives à un demandeur) dans des cas appropriés.

[90] Dans ses observations postérieures à l'audience, le CPVP a signalé que le libellé de l'article 16 de la LPRPDE habilite la Cour à élaborer des réparations pour corriger une non-conformité systémique. Le CPVP a notamment fait valoir que de telles réparations iraient nécessairement au-delà de la situation du demandeur concerné, et ne profiteront pas uniquement à celui-ci, étant donné que leur but est de corriger la façon dont une organisation collecte, utilise et divulgue des renseignements personnels d'une façon générale.

[91] Dans l'arrêt *Englander c. Telus Communications Inc.*, 2004 CAF 387, [2005] 2 R.C.F. 572 (*Englander*), la Cour d'appel fédérale a conclu que l'intimée, Telus Communications Inc., avait enfreint l'article 5 de la LPRPDE. La Cour a fait remarquer que l'appelant, M. Englander, n'avait pas été touché personnellement par l'infraction commise par l'intimée. Toutefois, parce que la commission d'une infraction continue à la LPRPDE avait été établie, la Cour était disposée à émettre une ordonnance « de nature prospective » exigeant de l'intimée de changer ses pratiques de manière à ce qu'elles soient conformes à la LPRPDE : *Englander*, précité, au paragraphe 90.

[92] Dans la décision *Donaghy c. Scotia Capital Inc.*, 2007 CF 224 (*Donaghy*), le juge Strayer, en conformité avec l'alinéa 16a) de la LPRPDE, a ordonné à une

it used a staff plan, which purported to record hours worked, including overtime, for staff who were not entitled to overtime: *Donaghy*, above, at paragraphs 15 and 18. Notably, in that case, the applicant was no longer an employee of the bank and would not have benefited from the corrective order granted by the Court.

[93] Moreover, given PIPEDA's quasi-constitutional status, the OPCC contends that guidance can be found in cases dealing with remedies that can be granted under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

[94] In *Jodhan v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 161, [2014] 1 F.C.R. 185 (*Jodhan*), the issue was the scope of the Charter remedy that could be accorded after it was found that the federal government had failed to make government department and agency websites accessible to individuals with visual impairments. The Federal Court [2010 FC 1197, [2011] 2 F.C.R. 355] had found that there was a "system-wide failure" on behalf of the government to make its websites accessible and therefore declared that it had a constitutional obligation to remedy the defect. On appeal, the Attorney General argued that the remedy should have been confined to the entities named in the notice of application. The Federal Court of Appeal rejected this argument, noting that systemic remedies were entirely appropriate in cases where a systemic violation had been made out: *Jodhan*, above, at paragraphs 81–83 and 90.

[95] These cases demonstrate that remedies may transcend the particular circumstances of an applicant where it has been established that an organization's practices are deficient. In such cases, broadly crafted remedies were required in order to ensure that the organization's

banque de clarifier la façon dont elle utilisait un relevé de travail qui était censé servir à consigner les heures travaillées, y compris les heures supplémentaires, pour des employés qui n'avaient pas le droit de faire des heures supplémentaires : *Donaghy*, précitée, aux paragraphes 15 et 18. Dans l'affaire en question, le demandeur n'était notamment plus un employé de la banque et n'aurait pas profité de l'ordonnance de mesure corrective accordée par la Cour.

[93] En outre, compte tenu du statut quasi constitutionnel de la LPRPDE, le Commissariat considère que l'on peut trouver de l'orientation dans des arrêts relatifs à des réparations qui peuvent être accordées en vertu de la *Charte canadienne des droits et liberté*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[94] Dans l'arrêt *Jodhan c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 161, [2014] 1 R.C.F. 185 (*Jodhan*), l'objet était la portée de la réparation pouvant être accordée en vertu de la Charte après avoir déterminé que le gouvernement fédéral avait omis de rendre accessibles les sites Web de ministères et organismes gouvernementaux aux personnes ayant une déficience visuelle. La Cour fédérale [2010 CF 1197, [2011] 2 R.C.F. 355] avait conclu qu'il y avait de la part du gouvernement un « échec systémique » à rendre ses sites Web accessibles, et elle avait donc déclaré qu'elle avait une obligation constitutionnelle de corriger l'anomalie. En appel, le Procureur général avait fait valoir que la réparation aurait dû être limitée aux entités nommées dans l'avis de requête. La Cour d'appel fédérale avait rejeté cet argument en faisant remarquer que des réparations systémiques étaient tout à fait appropriées dans des affaires où une violation systémique avait été établie : *Jodhan*, précité, aux paragraphes 81 à 83 et 90.

[95] Ces causes démontrent que des réparations peuvent transcender les circonstances particulières relatives à un demandeur, lorsqu'on a établi que les pratiques d'une organisation sont déficientes. Dans de telles affaires, des réparations élaborées dans une visée

practices going forward did not result in further violations of constitutional and quasi-constitutional rights.

[96] The request for a systemic remedy in the present matter is supportable because the evidence demonstrates that the effects of the respondent's actions are not confined to the single applicant named in this application. The OPCC has received a total of 49 complaints relating to Globe24h.com. Moreover, affidavit evidence filed by the OPCC demonstrates that over 150 complaints have been received by CanLII regarding personal information found on Globe24h.com. As a result, I agree that the circumstances of this case justify a broadly crafted corrective order pursuant to paragraph 16(a) of PIPEDA.

G. Damages

[97] This Court has established that a damages award under PIPEDA serves three main functions: (1) compensation; (2) deterrence; and (3) vindication: *Nammo v. TransUnion of Canada Inc.*, 2010 FC 1284, [2012] 3 F.C.R. 600 (*Nammo*), at paragraphs 72–76; see also *Townsend v. Sun Life Financial*, 2012 FC 550, 103 C.P.R. (4th) 424, at paragraph 31; *Chitrakar v. Bell TV*, 2013 FC 1103, 441 F.T.R. 254, at paragraph 26.

[98] The Commissioner argues that, given PIPEDA's quasi-constitutional nature, damages may be awarded "even when no actual financial loss has been proven": *Nammo*, above, at paragraphs 71 and 74. In addition to compensation, the goals of vindication and deterrence of further breaches are equally significant. The Commissioner took no position on whether damages are also required to compensate the applicant for any harm that he may have personally suffered as a result of the respondent's actions.

[99] In *Nammo*, above, at paragraph 76, the Court proposed a non-exhaustive list of factors to determine an application for damages under PIPEDA, namely: (1) whether awarding damages would further the general

générale étaient requises pour faire en sorte qu'à l'avenir, les pratiques de l'organisation concernée ne violent plus des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels.

[96] La demande d'une réparation systémique dans la présente affaire est justifiée, car la preuve démontre que les effets des actions du défendeur ne sont pas confinés au seul demandeur nommé dans la requête. Au total, le CPVP a reçu 49 plaintes liées au site Globe24h.com. En outre, la preuve par affidavit déposée par le Commissariat montre que CanLII a reçu plus de 150 plaintes concernant des renseignements personnels trouvés sur Globe24h.com. Par conséquent, je suis d'accord pour dire que les circonstances de cette affaire justifient une ordonnance de mesure corrective élaborée en termes généraux, conformément à l'alinéa 16a) de la LPRPDE.

G. Dommages-intérêts

[97] La Cour a déterminé que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la LPRPDE a trois fonctions : 1) l'indemnisation; 2) la dissuasion; 3) la défense : *Nammo c. TransUnion of Canada Inc.*, 2010 CF 1284, [2012] 3 R.C.F. 600 (*Nammo*), aux paragraphes 72 à 76; voir aussi *Townsend c. Financière Sun Life*, 2012 CF 550, au paragraphe 31; *Chitrakar c. Bell TV*, 2013 CF 1103, au paragraphe 26.

[98] Le commissaire fait valoir que, compte tenu de la nature quasi constitutionnelle de la LPRPDE, des dommages-intérêts peuvent être accordés « même lorsqu'aucune perte financière réelle n'a été prouvée » : *Nammo*, précité, aux paragraphes 71 et 74. Outre l'indemnisation, les buts de défense, et de dissuasion visant à prévenir d'autres infractions, sont tout aussi importants. Le commissaire n'a pas pris de position concernant la question de savoir si des dommages-intérêts sont également requis pour indemniser le demandeur pour tout préjudice que celui-ci pourrait avoir subi en raison des actions du défendeur.

[99] Dans l'arrêt *Nammo*, précité, au paragraphe 76, la Cour a proposé une liste non exhaustive de facteurs pour justifier une requête en dommages-intérêts en vertu de la LPRPDE, c'est-à-dire : 1) la question de savoir si

objects of PIPEDA and uphold the values it embodies; (2) whether damages should be awarded to deter future breaches; and (3) the seriousness of the breach.

[100] I agree with the OPCC that the respondent's breach is egregious because the respondent has essentially made a business of exploiting the privacy of individuals for profit. In at least one case, the respondent has refused to remove information which is subject to a publication ban in Canada.

[101] The evidence demonstrates that the impugned disclosure has been extensive. The respondent engaged in bulk downloading of Canadian court and tribunal decisions, republished them on Globe24h.com, and made the personal information at issue easily accessible on the Internet by allowing the decisions to be indexed by search engines, including the names of parties and other individuals referred to in the decisions. The respondent's actions have violated the privacy rights afforded to individuals, including the applicant in this case, without the consent of the individuals concerned.

[102] Section 16 of PIPEDA provides no guidance as to the quantum of damages that may be granted. In *Nammo*, above, [at paragraph 71] an award of \$5 000 was used to compensate for a "serious breach involving financial information of high personal and professional importance". In *Girao v. Zarek Taylor Grossman, Hanrahan LLP*, 2011 FC 1070, 338 D.L.R. (4th) 262, I awarded \$1 500 in damages taking into account the impact of the breach on the applicant, who claimed mental anguish, the conduct of the respondent both before and after the breach and whether the respondent benefitted from the breach. In that instance, only the impact of the breach was a significant factor as the respondent had not received any material benefit and had acted promptly to rectify the matter.

l'octroi de dommages-intérêts est conforme à l'objet de la LPRPDE et aux valeurs qui y sont enchâssées; 2) la question de savoir si des dommages-intérêts doivent être accordés afin de décourager la perpétration d'autres violations; 3) la gravité de l'infraction.

[100] Je souscris à l'argument du CPVP portant que l'infraction du défendeur est grave, parce que celui-ci a fait essentiellement un commerce de l'exploitation de la vie privée de personnes dans un but lucratif. Dans au moins un cas, le défendeur a refusé de retirer des renseignements qui sont assujettis à une interdiction de publication au Canada.

[101] La preuve démontre que la divulgation contestée a été importante. Le défendeur effectuait des téléchargements en vrac de décisions de cours et de tribunaux canadiens, republiait ces décisions sur Globe24h.com et rendait les renseignements personnels en question accessibles sur Internet en permettant que les décisions soient indexées par des moteurs de recherche, notamment les noms de parties et d'autres personnes mentionnées dans les décisions. Les actions du défendeur ont violé les droits au respect de la vie privée accordés aux personnes, y compris au demandeur dans la présente affaire, sans le consentement des personnes concernées.

[102] L'article 16 de la LPRPDE ne donne aucune indication quant au montant des dommages-intérêts qui peuvent être accordés. Dans l'arrêt *Nammo*, précité, [au paragraphe 71] un montant de 5 000 \$ a servi à indemniser pour une « grave violation concernant des renseignements de nature financière d'une grande importance sur le plan personnel et professionnel ». Dans l'arrêt *Girao c. Zarek Taylor Grossman, Hanrahan LLP*, 2011 CF 1070, j'ai accordé 1 500 \$ en dommages-intérêts en prenant en compte l'incidence de l'infraction sur le demandeur, qui avait fait valoir une souffrance morale, le comportement du défendeur tant avant qu'après l'infraction, et la question de savoir si le défendeur avait tiré profit de l'infraction. Dans l'affaire en question, seule l'incidence de l'infraction avait été un facteur important, étant donné que le défendeur n'avait obtenu aucun avantage matériel et avait agi promptement pour corriger la situation.

[103] In this case, I am satisfied that a damages award would be appropriate based largely on the conduct of the respondent. It is clear from the record that the respondent has commercially benefited from the breach through targeted advertising and by requiring a fee for removing the personal information of individuals contained in the decisions. The respondent has also acted in bad faith in failing to take responsibility and rectify the problem. In the circumstances, I consider that an award of \$5 000 would be appropriate.

VII. COSTS

[104] The OPCC has not sought costs. As the applicant represented himself, he is only entitled to his out of pocket expenses. Given that he has had some difficulty in assembling all of his receipts, I think that a modest award of \$300 would likely cover everything.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. It is declared that the respondent, Sebastian Radulescu, contravened the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 by collecting, using and disclosing on his website, www.Globe24h.com (Globe24h.com), personal information contained in Canadian court and tribunal decisions for inappropriate purposes and without the consent of the individuals concerned;
2. The respondent, Sebastian Radulescu, shall remove all Canadian court and tribunal decisions containing personal information from Globe24h.com and take the necessary steps to remove these decisions from search engines caches;

[103] Dans la présente affaire, je suis persuadé que l'octroi de dommages-intérêts serait approprié, compte tenu principalement du comportement du défendeur. Il est clair, d'après le dossier, que le défendeur a tiré un profit commercial de l'infraction par une publicité ciblée et en exigeant des frais pour le retrait des renseignements personnels de personnes figurant dans les décisions. Le défendeur a également agi de mauvaise foi en n'assumant pas sa responsabilité et en omettant de corriger la situation. Dans ces circonstances, je considère que l'octroi d'un montant de 5 000 \$ en dommages-intérêts serait approprié.

VII. DÉPENS

[104] Le CPVP n'a pas demandé l'adjudication des dépens. Étant donné que le demandeur s'est représenté lui-même, il a droit uniquement au remboursement des dépenses engagées. Puisqu'il a éprouvé certaines difficultés à rassembler tous ses reçus, je pense qu'une modeste somme de 300 \$ couvrirait probablement toutes ces dépenses.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. Il est déclaré que le défendeur, Sebastian Radulescu, a contrevenu à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, par la collecte, l'utilisation et la divulgation sur son site Web, www.Globe24h.com (Globe24h.com) de renseignements personnels contenus dans des décisions de cours et de tribunaux canadiens, et ce, à des fins inappropriées et sans le consentement des personnes concernées;
2. Le défendeur, Sebastian Radulescu, doit retirer de Globe24h.com toutes les décisions de cours et de tribunaux canadiens contenant des renseignements personnels et prendre les mesures nécessaires pour retirer ces décisions de la mémoire cache des moteurs de recherche;

- | | |
|---|--|
| <p>3. The respondent, Sebastian Radulescu, shall refrain from further copying and republishing Canadian court and tribunal decisions containing personal information in a manner that contravenes the <i>Personal Information Protection and Electronic Documents Act</i>, S.C. 2000, c. 5;</p> <p>(a) The respondent, Sebastian Radulescu, shall pay the applicant damages in the amount of \$5 000;</p> <p>(b) The applicant is awarded costs in the amount of \$300; and</p> <p>(c) The style of cause is amended to substitute the initials “A.T.” for the name of the applicant.</p> | <p>3. Le défendeur, Sebastian Radulescu, doit s’abstenir de copier et republier encore des décisions de cours et de tribunaux canadiens contenant des renseignements personnels d’une manière qui contrevient à la <i>Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques</i>, L.C. 2000, ch. 5;</p> <p>a) Le défendeur, Sebastian Radulescu, doit verser au demandeur des dommages-intérêts totalisant 5 000 \$;</p> <p>b) Le montant des dépens accordé au demandeur est de 300 \$;</p> <p>c) L’intitulé de l’affaire est modifié en remplaçant le nom du demandeur par les initiales « A.T. ».</p> |
|---|--|

ANNEX A

ANNEXE A

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5

Definitions**Définitions**

2 (1) The definitions in this subsection apply in this Part.

2 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

...

[...]

organization includes an association, a partnership, a person and a trade union. (*organisation*)

organisation S’entend notamment des associations, sociétés de personnes, personnes et organisations syndicales. (*organization*)

...

[...]

Purpose**Objet**

3 The purpose of this Part is to establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

3 La présente partie a pour objet de fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l’échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels d’une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l’égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d’utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu’une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

Application

4 (1) This Part applies to every organization in respect of personal information that

(a) the organization collects, uses or discloses in the course of commercial activities; or

...

Limit

(2) This Part does not apply to

...

(c) any organization in respect of personal information that the organization collects, uses or discloses for journalistic, artistic or literary purposes and does not collect, use or disclose for any other purpose.

...

Compliance with obligations

5 (1) Subject to sections 6 to 9, every organization shall comply with the obligations set out in Schedule 1.

...

Appropriate purposes

(3) An organization may collect, use or disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances.

...

Collection without knowledge or consent

7 (1) For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may collect personal information without the knowledge or consent of the individual only if

...

(d) the information is publicly available and is specified by the regulations; or

...

Champ d'application

4 (1) La présente partie s'applique à toute organisation à l'égard des renseignements personnels :

a) soit qu'elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d'activités commerciales;

[...]

Limite

(2) La présente partie ne s'applique pas :

[...]

c) à une organisation à l'égard des renseignements personnels qu'elle recueille, utilise ou communique à des fins journalistiques, artistiques ou littéraires et à aucune autre fin.

[...]

Obligation de se conformer aux obligations

5 (1) Sous réserve des articles 6 à 9, toute organisation doit se conformer aux obligations énoncées dans l'annexe 1.

[...]

Fins acceptables

(3) L'organisation ne peut recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels qu'à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

[...]

Collecte à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement

7 (1) Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut recueillir de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement que dans les cas suivants :

[...]

d) il s'agit d'un renseignement réglementaire auquel le public a accès;

[...]

Use without knowledge or consent

(2) For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may, without the knowledge or consent of the individual, use personal information only if

...

(c.1) it is publicly available and is specified by the regulations; or

...

Disclosure without knowledge or consent

(3) For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

...

(h.1) of information that is publicly available and is specified by the regulations; or

...

Examination of complaint by Commissioner

12 (1) The Commissioner shall conduct an investigation in respect of a complaint, unless the Commissioner is of the opinion that

(a) the complainant ought first to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;

(b) the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by means of a procedure provided for under the laws of Canada, other than this Part, or the laws of a province; or

(c) the complaint was not filed within a reasonable period after the day on which the subject matter of the complaint arose.

...

Utilisation à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement

(2) Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut utiliser de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement que dans les cas suivants :

[...]

c.1) il s'agit d'un renseignement réglementaire auquel le public a accès;

[...]

Communication à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement

(3) Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut communiquer de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé ou sans son consentement que dans les cas suivants :

[...]

h.1) il s'agit d'un renseignement réglementaire auquel le public a accès;

[...]

Examen des plaintes par le commissaire

12 (1) Le commissaire procède à l'examen de toute plainte dont il est saisi à moins qu'il estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants :

a) le plaignant devrait d'abord épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par le droit fédéral — à l'exception de la présente partie — ou le droit provincial;

c) la plainte n'a pas été déposée dans un délai raisonnable après que son objet a pris naissance.

[...]

Hearing by Court

Application

14 (1) A complainant may, after receiving the Commissioner's report or being notified under subsection 12.2(3) that the investigation of the complaint has been discontinued, apply to the Court for a hearing in respect of any matter in respect of which the complaint was made, or that is referred to in the Commissioner's report, and that is referred to in clause 4.1.3, 4.2, 4.3.3, 4.4, 4.6, 4.7 or 4.8 of Schedule 1, in clause 4.3, 4.5 or 4.9 of that Schedule as modified or clarified by Division 1 or 1.1, in subsection 5(3) or 8(6) or (7), in section 10 or in Division 1.1.

...

Remedies

16 The Court may, in addition to any other remedies it may give,

(a) order an organization to correct its practices in order to comply with sections 5 to 10;

(b) order an organization to publish a notice of any action taken or proposed to be taken to correct its practices, whether or not ordered to correct them under paragraph (a); and

(c) award damages to the complainant, including damages for any humiliation that the complainant has suffered.

...

SCHEDULE 1

(Section 5)

Principles Set Out in the National Standard of Canada Entitled Model Code for the Protection of Personal Information, CAN/CSA-Q830-96

...

4.3 Principle 3 – Consent

The knowledge and consent of the individual are required for the collection, use, or disclosure of personal information, except where inappropriate.

Audience de la Cour

Demande

14 (1) Après avoir reçu le rapport du commissaire ou l'avis l'informant de la fin de l'examen de la plainte au titre du paragraphe 12.2(3), le plaignant peut demander que la Cour entende toute question qui a fait l'objet de la plainte — ou qui est mentionnée dans le rapport — et qui est visée aux articles 4.1.3, 4.2, 4.3.3, 4.4, 4.6, 4.7 ou 4.8 de l'annexe 1, aux articles 4.3, 4.5 ou 4.9 de cette annexe tels qu'ils sont modifiés ou clarifiés par les sections 1 ou 1.1, aux paragraphes 5(3) ou 8(6) ou (7), à l'article 10 ou à la section 1.1.

[...]

Réparations

16 La Cour peut, en sus de toute autre réparation qu'elle accorde :

a) ordonner à l'organisation de revoir ses pratiques de façon à se conformer aux articles 5 à 10;

b) lui ordonner de publier un avis énonçant les mesures prises ou envisagées pour corriger ses pratiques, que ces dernières aient ou non fait l'objet d'une ordonnance visée à l'alinéa a);

c) accorder au plaignant des dommages-intérêts, notamment en réparation de l'humiliation subie.

[...]

ANNEXE 1

(article 5)

Principes énoncés dans la norme nationale du Canada intitulée Code type sur la protection des renseignements personnels, CAN/CSA-Q830-96

[...]

4.3 Troisième principe — Consentement

Toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire.

Note: In certain circumstances personal information can be collected, used, or disclosed without the knowledge and consent of the individual. For example, legal, medical, or security reasons may make it impossible or impractical to seek consent. When information is being collected for the detection and prevention of fraud or for law enforcement, seeking the consent of the individual might defeat the purpose of collecting the information. Seeking consent may be impossible or inappropriate when the individual is a minor, seriously ill, or mentally incapacitated. In addition, organizations that do not have a direct relationship with the individual may not always be able to seek consent. For example, seeking consent may be impractical for a charity or a direct-marketing firm that wishes to acquire a mailing list from another organization. In such cases, the organization providing the list would be expected to obtain consent before disclosing personal information.

Note : Dans certaines circonstances, il est possible de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements à l'insu de la personne concernée et sans son consentement. Par exemple, pour des raisons d'ordre juridique ou médical ou pour des raisons de sécurité, il peut être impossible ou peu réaliste d'obtenir le consentement de la personne concernée. Lorsqu'on recueille des renseignements aux fins du contrôle d'application de la loi, de la détection d'une fraude ou de sa prévention, on peut aller à l'encontre du but visé si l'on cherche à obtenir le consentement de la personne concernée. Il peut être impossible ou inopportun de chercher à obtenir le consentement d'un mineur, d'une personne gravement malade ou souffrant d'incapacité mentale. De plus, les organisations qui ne sont pas en relation directe avec la personne concernée ne sont pas toujours en mesure d'obtenir le consentement prévu. Par exemple, il peut être peu réaliste pour une oeuvre de bienfaisance ou une entreprise de marketing direct souhaitant acquérir une liste d'envoi d'une autre organisation de chercher à obtenir le consentement des personnes concernées. On s'attendrait, dans de tels cas, à ce que l'organisation qui fournit la liste obtienne le consentement des personnes concernées avant de communiquer des renseignements personnels.

A-385-15
2017 FCA 61

A-385-15
2017 CAF 61

BP Canada Energy Company (*Appellant*)

BP Canada Energy Company (*appelante*)

v.

c.

Minister of National Revenue (*Respondent*)

Le ministre du Revenu national (*intimé*)

and

et

Chartered Professional Accountants of Canada
(*Intervener*)

Comptables professionnels agréés Canada
(*intervenante*)

INDEXED AS: BP CANADA ENERGY COMPANY v. CANADA
(**NATIONAL REVENUE**)

RÉPERTORIÉ : BP CANADA ENERGY COMPANY c. CANADA
(**REVENU NATIONAL**)

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Stratas and Boivin
J.J.A.—Toronto, February 21; Ottawa, March 30, 2017.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël et juges
Stratas et Boivin, J.C.A.—Toronto, 21 février; Ottawa,
30 mars 2017.

Income Tax — Administration and Enforcement — Appeal from Federal Court order allowing application filed by respondent pursuant to Income Tax Act, s. 231.7(1) compelling production of internal accounting documents generally referred to as tax accrual working papers (TAWPs) — Appellant, Canadian subsidiary of BP plc, U.K. company active principally in oil, gas industry — Since publicly-traded company, BP plc required to prepare consolidated financial statements in accordance with Generally Accepted Accounting Principles — To prepare financial statements, appellant creating Tax Reserve Papers, which reflecting, inter alia, uncertain tax positions adopted by appellant in filing tax returns, corresponding analyses behind contingent tax reserves — In course of audit of appellant's 2005 taxation year, two queries issued in particular for disclosure of appellant's Tax Reserve Papers — Appellant producing redacted version of Tax Reserve Papers showing "tax at risk" amounts — Compliance order then sought since appellant refusing to disclose unredacted version of Tax Reserve Papers — Federal Court determining that documents at issue coming within scope of Act, s. 231.1(1) — Whether documents ordered produced beyond respondent's reach; whether Federal Court committing legal, factual errors in ordering production thereof — Act, s. 231.1(1) drafted in broad terms, providing access to facts, information — Properly interpreted s. 231.1(1)(a) not making papers such as TAWPs compellable "without restriction" — Clear that Parliament intending that broad power set out in Act, s. 231.1(1) be used with restraint when dealing with TAWPs — Thus, Federal Court's decision set aside — Federal Court also erring in

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Appel d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande déposée par l'intimé en vertu de l'art. 231.7(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu ordonnant la production de documents comptables internes généralement décrits sous l'appellation « documents de travail sur l'impôt couru » (DTIC) — L'appelante est une filiale canadienne de BP plc, une société du Royaume-Uni dont les activités se concentrent dans le secteur pétrolier et gazier — En tant que société cotée en bourse, BP plc est tenue de préparer des états financiers consolidés conformes aux Principes comptables généralement reconnus — Pour préparer ces états financiers, l'appelante a créé des documents de provision pour dettes fiscales dans lesquels sont consignées notamment les positions fiscales incertaines que l'appelante a adoptées dans ses déclarations de revenu et les analyses au soutien des provisions pour les dettes fiscales anticipées — Au cours de la vérification de l'appelante pour l'année d'imposition 2005, deux demandes ont été émises visant, en particulier, la communication des documents de provision pour dettes fiscales de l'appelante — L'appelante a produit une version caviardée de ses documents qui montrait les montants « d'impôt à risque » — Comme l'appelante a refusé de produire une copie non caviardée des documents de provision pour dettes fiscales, une ordonnance visant leur production a été sollicitée — La Cour fédérale a déterminé que les documents en question tombaient sous l'art. 231.1(1) de la Loi — Il s'agissait de savoir si les documents dont la production avait été ordonnée ne pouvaient être transmis à l'intimé et si la Cour fédérale a commis des erreurs de droit

finding that financial reporting obligations under provincial securities legislation not relevant to matter before it — Thus respondent could not invoke s. 231.1(1) for purpose of obtaining general, unrestricted access to parts of appellant's Tax Reserve Papers which reveal uncertain tax positions — Respondent cannot enlist taxpayers who maintain TAWPs to perform core aspect of audits conducted under Act — Finally, Federal Court erring when holding that unrestricted, ongoing access to appellant's Tax Reserve Papers consistent with respondent's policy on compellability of TAWPs under Act — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court order allowing an application filed by the respondent pursuant to subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act* compelling the production of internal accounting documents, generally referred to as tax accrual working papers (TAWPs). The order was issued for the purpose of assisting the respondent in conducting ongoing audits of the appellant.

The appellant is a Canadian subsidiary of BP plc, a U.K. company active principally in the oil and gas industry. Since it is a publicly-traded company, BP plc is required to prepare consolidated financial statements in accordance with Generally Accepted Accounting Principles. To prepare these financial statements, Tax Reserve Papers were internally created by the appellant, which reflected, *inter alia*, the uncertain tax positions adopted by the appellant in filing its tax returns and the corresponding analyses behind the contingent tax reserves. In the course of the audit of the appellant's 2005 taxation year, an issue relating to refund interest paid by the respondent to the appellant was identified and Query 2005–8 was subsequently issued. The audit eventually revealed that the appellant reported the refund interest payment in 2007 when it should have been included for the 2005 taxation year. During this process that led to the adjustment, the auditor became interested in accounting entries in a particular account and another query (Query 2005–10) was issued requesting the disclosure of the appellant's Tax Reserve Papers. The appellant initially refused to comply with Query 2005–10 but later offered to produce a redacted version of its Tax Reserve

et de fait en ordonnant leur production — L'art. 231.1(1) de la Loi est libellé en termes généraux et prévoit l'accès aux faits, mais aussi l'accès aux renseignements — L'art. 231.1(1)a) de la Loi, s'il est bien interprété, ne permet pas la communication « sans restriction » des DTIC — Le législateur entendait manifestement que les vastes pouvoirs qu'il confère soient exercés avec retenue lorsqu'il s'agit de DTIC — Par conséquent, la décision de la Cour fédérale devait être annulée — La Cour fédérale a également conclu à tort que les obligations relatives à l'information financière qu'impose la législation provinciale en matière de valeurs mobilières n'intervenaient pas dans l'analyse de la question à trancher — Par conséquent, l'intimé ne pouvait s'en remettre à l'art. 231.1(1) pour obtenir un accès général et illimité aux parties des documents de provision pour dettes fiscales de l'appelante qui énoncent les positions fiscales incertaines de cette dernière — L'intimé ne peut enjoindre aux contribuables qui tiennent des DTIC de s'acquitter des aspects fondamentaux des vérifications effectuées en vertu de la Loi — Enfin, la Cour fédérale a conclu à tort que l'accès illimité, régulier et continu aux documents de provision pour dettes fiscales de l'appelante était conforme à la politique de l'intimé sur l'obligation de produire des DTIC conformément à la Loi — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande déposée par l'intimé en vertu du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ordonnant la production de documents comptables internes généralement décrits sous l'appellation « documents de travail sur l'impôt couru » (DTIC). L'ordonnance a été rendue en vue d'aider l'intimé à procéder à des vérifications en cours à l'égard de l'appelante.

L'appelante est une filiale canadienne de BP plc, une société du Royaume-Uni dont les activités se concentrent dans le secteur pétrolier et gazier. En tant que société cotée en bourse, BP plc est tenue de préparer des états financiers consolidés conformes aux Principes comptables généralement reconnus. Pour préparer ces états financiers, l'appelante a créé à l'interne des documents de provision pour dettes fiscales dans lesquels étaient consignées notamment les positions fiscales incertaines que l'appelante a adoptées dans ses déclarations de revenu et les analyses au soutien des provisions pour les dettes fiscales anticipées. Au cours de la vérification de l'appelante pour l'année d'imposition 2005, un problème lié à un montant d'intérêt sur remboursement versé par l'intimé à l'appelante a été découvert. La demande 2005–8 a ensuite été adressée. La vérification a fini par révéler que l'appelante avait déclaré l'intérêt sur remboursement pour l'année d'imposition 2007, alors qu'elle aurait dû le déclarer pour 2005. Au cours des travaux menant à cet ajustement, la vérificatrice s'est intéressée à d'autres entrées comptables dans un compte en particulier et a émis une autre demande (demande 2005–10) exigeant la communication des documents de provision pour dettes fiscales de

Papers, which showed the “tax at risk” amounts associated with its uncertain tax positions. However, while this document was provided to the auditor, the “tax at risk amounts” led to further concerns. Since the appellant refused to produce the unredacted version of its Tax Reserve Papers that the auditor requested, a compliance order was sought. The 2006 and 2007 audits were then undertaken with similar requests being issued for full and complete disclosure of certain working papers but the appellant still refused these requests and submitted redacted versions. An application was then brought under subsection 231.7(1) of the Act for the production of the appellant’s working papers in queries pertaining to the appellant’s 2005 and subsequent taxation years.

The Federal Court determined whether the documents at issue came within the scope of subsection 231.1(1) of the Act and, if so, whether it should exercise its discretion not to compel the disclosure of this information. It determined that the documents at issue (listing the appellant’s uncertain tax positions) came within the scope of subsection 231.1(1) of the Act since they related to the determination of taxable income, to information in the appellant’s records and to an amount payable by the appellant under the Act.

The issues were whether the documents ordered to be produced, given the purpose for which they were sought, were beyond the respondent’s reach and whether the Federal Court committed legal and factual errors in ordering their production.

Held, the appeal should be allowed.

The appellant’s Tax Reserve Papers insofar as they reflected the “tax at risk” amounts and the annual reserve were provided to the respondent but the uncertain tax positions and the underlying analyses were redacted. There was uncertainty about whether the order under appeal only compelled the production of the appellant’s uncertain tax positions or whether the underlying analyses were also to be produced. The parties agreed that the order would go beyond the relief sought if read as compelling the production of the underlying analyses. Thus, the compellability of only the uncertain tax positions was addressed.

Subsection 231.1(1) of the Act could not have been drafted in broader terms. Paragraph 231.1(1)(a) provides access to facts but also to information. The word “information” as it appears in paragraph 231.1(1)(a) is unqualified. Once it is shown

l’appelante. L’appelante a d’abord refusé d’obtempérer à la demande 2005–10, mais a par la suite offert de produire une version caviardée de ses documents qui montrerait « l’impôt à risque » associé aux positions fiscales incertaines. Cependant, bien que ce document ait été fourni à la vérificatrice, les montants de « l’impôt à risque » ont entraîné d’autres préoccupations. Comme l’appelante a refusé de produire une copie non caviardée des documents de provision pour dettes fiscales que la vérificatrice a demandés, une ordonnance visant leur production a été sollicitée. Les vérifications pour les années d’imposition 2006 et 2007 ont donné lieu à des demandes semblables en vue de la communication intégrale de certains documents, mais l’appelante s’est également opposée à ces demandes et a soumis des copies caviardées. Une demande a ensuite été présentée en vertu du paragraphe 231.7(1) de la Loi sollicitant la production des documents de travail visés par les demandes touchant les années d’imposition 2005 et suivantes de l’appelante.

La Cour fédérale a déterminé si les documents en question étaient visés par le paragraphe 231.1(1) de la Loi et, dans l’affirmative, si elle devait exercer sa discrétion pour ne pas en ordonner la communication. Elle a jugé que les documents sollicités (qui énumèrent les positions fiscales incertaines de l’appelante) relevaient du paragraphe 231.1(1) de la Loi puisqu’ils permettaient le calcul du revenu imposable, avaient trait aux renseignements contenus dans les dossiers de l’appelante ainsi qu’à un montant payable par l’appelante en vertu de la Loi.

Il s’agissait de savoir si les documents dont la production avait été ordonnée, vu l’objet invoqué pour justifier leur production, ne pouvaient être transmis à l’intimé et si la Cour fédérale a commis des erreurs de droit et de fait en ordonnant leur production.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

Les documents de provision pour dettes fiscales de l’appelante qui consistent en « l’impôt à risque » et la provision annuelle ont été fournis à l’intimé, mais les positions fiscales incertaines et les analyses connexes ont été caviardées. Il y avait une incertitude quant à savoir si l’ordonnance exigeait seulement la production des positions fiscales incertaines de l’appelante ou si elle visait également les analyses connexes. Les parties ont convenu que l’ordonnance excéderait la réparation sollicitée s’il fallait qu’elle vise également la production des analyses connexes. Ainsi, seule la question de la production des positions fiscales incertaines a été abordée.

Le paragraphe 231.1(1) de la Loi n’aurait pas pu être libellé en termes plus généraux. L’alinéa 231.1(1)a) prévoit l’accès aux faits, mais aussi l’accès aux renseignements. Le terme « renseignements » n’est pas qualifié à cet alinéa. Dès

that the respondent is acting for an authorized purpose, one of three demonstrations as set out by paragraph 231.1(1)(a) must be made to trigger its application. On a plain reading, the parts of the appellant's Tax Reserve Papers reflecting its uncertain tax positions met the second and third tests (the uncertain tax positions relate or may relate to information that is in the books or records of the appellant; the fact that access to the appellant's uncertain tax positions may allow taxable amounts to be identified provides a connection with the amounts payable by the appellant under the Act). Nevertheless, it had to be determined whether paragraph 231.1(1)(a) allowed general and unrestricted access to the appellant's Tax Reserve Papers if this was actually sought and authorized in this case.

Paragraph 231.1(1)(a) of the Act properly interpreted does not make papers such as TAWPs compellable "without restriction". When the context and purpose of subsection 231.1(1) are examined, it is clear that Parliament intended that the broad power set out in subsection 231.1(1) be used with restraint when dealing with TAWPs. Thus, the Federal Court's decision had to be set aside. The notion of self-assessment, which is an important part of the context of subsection 231.1(1), was discussed. While the Federal Court did not believe that its order imposed on the appellant an ongoing obligation to self-audit, no matter how the decision was looked at, the Federal Court's decision allowed the respondent to compel the appellant to self-audit.

As to the existence of financial reporting obligations under provincial securities legislation, in enacting paragraph 231.1(1)(a), Parliament could not have intended to vest the respondent with a power so sweeping that it would undermine those obligations. The Federal Court erred in finding that these concerns were not relevant to the matter before it. Thus, the respondent could not invoke subsection 231.1(1) for the purpose of obtaining general and unrestricted access to those parts of the appellant's Tax Reserve Papers that reveal its uncertain tax positions. This means that practically the respondent cannot enlist taxpayers who maintain TAWPs to perform the core aspect of audits conducted under the Act.

Although it was not necessary to address the question whether the Federal Court properly exercised its discretion in granting the relief claimed by the respondent given the conclusion reached, an aspect of this debate was addressed. The published policy on the compellability of TAWPs under the Act was discussed. The policy, as it stands, states that the power to access TAWPs, although available to the respondent, will not be used routinely. Therefore, the Federal Court erred when it

lors que l'intimé démontre qu'il agit à des fins autorisées, il faut qu'il soit satisfait à l'une de trois conditions pour que l'alinéa 231.1(1)a s'applique. Suivant le sens ordinaire des mots employés dans la disposition, les parties des documents de provision pour dettes fiscales de l'appelante qui énoncent ses positions fiscales incertaines satisfaisaient aux deuxième et troisième critères (les positions fiscales incertaines se rapportent ou peuvent se rapporter aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres de l'appelante; le fait que la communication des positions fiscales incertaines de l'appelante pourrait permettre de révéler des sommes imposables concerne les montants payables par l'appelante en vertu de Loi). Néanmoins, il s'agissait de déterminer si l'alinéa 231.1(1)a permet l'accès général et illimité aux documents de provision pour dettes fiscales de l'appelante, dans la mesure où un tel accès a bel et bien été sollicité et autorisé en l'espèce.

L'alinéa 231.1(1)a de la Loi, s'il est bien interprété, ne permet pas la communication « sans restriction » des DTIC. D'après le contexte et l'objet du paragraphe 231.1(1), le législateur entendait manifestement que les vastes pouvoirs qu'il confère soient exercés avec retenue lorsqu'il s'agit de DTIC. Par conséquent, la décision de la Cour fédérale devait être annulée. La notion d'autocotisation, qui est un pan important du contexte entourant le paragraphe 231.1(1), a été examinée. Même si la Cour fédérale n'estimait pas que son ordonnance avait pour effet d'obliger l'appelante à procéder à l'autovérification de façon régulière et continue, quel que soit l'éclairage, la décision de la Cour fédérale permettait à l'intimé de contraindre l'appelante à procéder à l'autovérification.

En ce qui concerne les obligations relatives à l'information financière qu'impose la législation provinciale en matière de valeurs mobilières, lorsqu'il a adopté l'alinéa 231.1(1)a, le législateur ne pouvait avoir eu l'intention de conférer à l'intimé un pouvoir si étendu qu'il compromettrait le respect de ces obligations. La Cour fédérale a conclu à tort que pareilles préoccupations n'intervenaient pas dans l'analyse de la question à trancher. Par conséquent, l'intimé ne pouvait s'en remettre au paragraphe 231.1(1) pour obtenir un accès général et illimité aux parties des documents de provision pour dettes fiscales de l'appelante qui énoncent les positions fiscales incertaines de cette dernière. Autrement dit, l'intimé ne peut enjoindre aux contribuables qui tiennent des DTIC de s'acquitter des aspects fondamentaux des vérifications effectuées en vertu de la Loi.

Bien qu'il ne fut pas nécessaire de répondre à la question de savoir si la Cour fédérale a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la réparation demandée par l'intimé, étant donné la conclusion obtenue, un aspect de cette question a été abordé. La politique publiée sur l'obligation de produire des DTIC conformément à la Loi a été examinée. La politique actuelle prévoit que, si l'intimé est habilité à obtenir les DTIC, il ne peut exercer ce pouvoir de façon routinière. Par conséquent,

held that the unrestricted and ongoing access to the appellant's Tax Reserve Papers was consistent with the respondent's policy. The policy reflects the very constraint which the Act imposes on the respondent so that the Federal Court had no choice but to adhere to it. Given the public interest imperative behind this policy, the Federal Court ought not to have exercised its discretion in favour of granting this remedy.

la Cour fédérale a conclu à tort que l'accès illimité, régulier et continu aux documents de provision pour dettes fiscales de l'appelante était conforme à la politique de l'intimé. La politique reflète les limites que la Loi impose à l'intimé, de sorte que la Cour fédérale ne pouvait faire autrement que de la respecter. Cette politique ayant été adoptée dans l'intérêt public, la Cour fédérale n'aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder la réparation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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. 91(3).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 152(1),(3).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 230(1), 231.1(1), 231.2, 231.7(1), 232(1) "solicitor-client privilege", 232(3.1).
Internal Revenue Code §§ 6011, 6112.
Treasury Regulation §§ 1.6011-4, 1.6012-2.

CASES CITED

CONSIDERED:

Tower v. M.N.R., 2003 FCA 307, [2004] 1 F.C.R. 183; *United States v. Textron Inc.*, 577 F.3d 21 (1st Cir. 2009); *United States v. Arthur Young & Co*, 465 U.S. 805 (1984); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, (1998), 155 D.L.R. (4th) 332.

REFERRED TO:

R. v. McKinlay Transport Ltd., [1990] 1 S.C.R. 627, (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94.

APPEAL from a Federal Court order (2015 FC 714, [2015] 6 C.T.C. 113) allowing an application filed by the respondent pursuant to subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act* compelling the production of internal accounting documents. Appeal allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Internal Revenue Code §§ 6011, 6112.
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. 91(3).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 230(1), 231.1(1), 231.2, 231.7(1), 232(1) « privilège des communications entre client et avocat », 232(3.1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 152(1),(3).
Treasury Regulation §§ 1.6011-4, 1.6012-2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Tower c. M.R.N., 2003 CAF 307, [2004] 1 R.C.F. 183; *United States v. Textron Inc.*, 577 F.3d 21 (1st Cir. 2009); *United States v. Arthur Young & Co*, 465 U.S. 805 (1984); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Griffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. McKinlay Transport Ltd., [1990] 1 R.C.S. 627; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94.

APPEL d'une ordonnance (2015 CF 714) par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande déposée par l'intimé en vertu du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ordonnant la production de documents comptables internes. Appel accueilli.

APPEARANCES

Al Meghji, Edward Rowe and Pooja Mihailovich for appellants.
Henry Gluch and Margaret McCabe for respondent.
Dominic C. Belley and Jonathan Lafrance for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Norton Rose Fulbright Canada LLP, Montréal, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL C.J.: This is an appeal brought by BP Canada Energy Company (BP Canada or the appellant) from an order of the Federal Court (2015 FC 714, [2015] 6 C.T.C. 113 [reasons]) wherein Campbell J. (the Federal Court Judge) allowed an application filed by the Minister of National Revenue (the Minister) pursuant to subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) compelling the production of internal accounting documents, generally referred to as tax accrual working papers (TAWPs). The order was issued for the purpose of assisting the Minister in conducting ongoing audits of BP Canada.

[2] The information contained in TAWPs is highly sensitive as these papers typically reveal uncertain tax positions taken by public corporations in filing their tax returns, opinions as to the likely outcome in the event of a challenge by the Minister, and related reserves established to ensure sound and fair financial reporting. BP Canada maintains that the Federal Court Judge failed to take into account the exceptional nature of this information in ordering its production and committed a variety of related errors.

ONT COMPARU

Al Meghji, Edward Rowe et Pooja Mihailovich pour l'appelante.
Henry Gluch et Margaret McCabe pour l'intimé.
Dominic C. Belley et Jonathan Lafrance pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l., Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Norton Rose Fulbright Canada, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie d'un appel interjeté par BP Canada Energy Company (BP Canada ou l'appelante) d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale (2015 CF 714 [motifs]) par laquelle le juge Campbell (le juge de la Cour fédérale) a accueilli la demande déposée par le ministre du Revenu national (le ministre) en vertu du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi), et ordonné la production de documents comptables internes généralement décrits sous l'appellation « documents de travail sur l'impôt couru » (DTIC) (en anglais *tax accrual working papers*). L'ordonnance a été rendue en vue d'aider le ministre à procéder à des vérifications en cours à l'égard de BP Canada.

[2] L'information consignée dans ces DTIC est très sensible, car elle révèle généralement les positions fiscales incertaines adoptées par les sociétés cotées en bourse dans leur déclaration de revenu, les avis quant à l'issue probable dans l'éventualité d'une contestation par le ministre et les provisions constituées pour assurer des états financiers justes et fiables. Selon BP Canada, le juge de la Cour fédérale n'a pas tenu compte de la nature exceptionnelle de cette information quand il en a ordonné la production et il a commis d'autres erreurs connexes.

[3] The Chartered Professional Accountants of Canada as intervener (CPA Canada or the intervener) contends that formal requests for the production of TAWPs cannot be routine and uncontrolled, and that the obligation to produce TAWPs should not undercut the public interest role of its members in certifying financial statements. CPA Canada takes no position on the outcome of the appeal.

[4] For the reasons which follow, I am of the view that the documents ordered to be produced, given the purpose for which they were sought, are beyond the reach of the Minister, and that the Federal Court Judge committed a number of legal and factual errors in ordering their production. Therefore, I propose that the appeal be allowed.

[5] The statutory provisions relevant to the analysis are set out in the appendix to these reasons.

BACKGROUND

[6] BP Canada is a Canadian subsidiary of BP plc, a U.K. company active principally in the oil and gas industry (appeal book, Vol. IV, page 443, paragraph 20). Being a publicly-traded company, BP plc is required to prepare consolidated financial statements in accordance with Generally Accepted Accounting Principles (GAAP) (appeal book, Vol. IV, page 440, paragraph 5). In the process leading to the issuance of these financial statements, the appellant internally created papers under the heading “BP Canada Tax Reserve” (Tax Reserve Papers). They reflect, among other things, the uncertain tax positions adopted by BP Canada in filing its tax returns, also referred to as “soft spots”, as well as the corresponding analyses behind the contingent tax reserves (appeal book, Vol. IV, page 440, paragraph 6).

[7] The events which led to the issuance of the formal request for the production of BP Canada’s Tax Reserve Papers need to be reviewed in some detail as they determine the outcome of this appeal.

[3] Comptables professionnels agréés Canada, intervenante en l’espèce (CPA Canada ou l’intervenante), est d’avis que la production des DTIC ne saurait faire l’objet de demandes formelles courantes et illimitées et que l’obligation de produire ces documents ne saurait miner le rôle de ses membres sur le plan de l’intérêt public lorsqu’il s’agit de vérifier des états financiers. CPA Canada n’émet aucune opinion quant à l’issue de l’appel.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que les documents dont la production avait été ordonnée ne peuvent être transmis au ministre, vu l’objet invoqué pour justifier leur production, et que le juge de la Cour fédérale a commis des erreurs de droit et de fait en ordonnant leur production. Je propose donc d’accueillir l’appel.

[5] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe aux présents motifs.

CONTEXTE

[6] BP Canada est une filiale canadienne de BP plc, une société du Royaume-Uni dont les activités se concentrent dans le secteur pétrolier et gazier (dossier d’appel, vol. IV, page 443, paragraphe 20). En tant que société cotée en bourse, BP plc est tenue de préparer des états financiers consolidés conformes aux Principes comptables généralement reconnus (PCGR) (dossier d’appel, vol. IV, page 440, paragraphe 5). Pour appuyer la publication des états financiers, l’appelante a fait préparer par son personnel des documents intitulés [TRADUCTION] « Provision pour dettes fiscales de BP Canada » (DPDF). Y sont consignées notamment les positions fiscales incertaines que BP Canada a adoptées dans ses déclarations de revenu, qu’on appelle aussi « points faibles », et les analyses au soutien des provisions pour les dettes fiscales anticipées (dossier d’appel, vol. IV, page 440, paragraphe 6).

[7] Il convient de rappeler en détail les faits qui ont mené à la demande formelle visant la production des DPDF de BP Canada, car l’issue de l’appel en dépend.

[8] In the course of the audit of BP Canada's 2005 taxation year, the audit manager and her group (collectively the auditor) identified an issue relating to refund interest paid by the Minister to the appellant. The auditor reviewed two accounts maintained by BP Canada in which this payment could have been recorded (appeal book, Vol. II, page 53, paragraph 13). Being unable to trace the refunded interest to either account, the auditor issued Query 2005–8 (appeal book, Vol. IV, page 593).

[9] The audit eventually revealed that BP Canada reported the refund interest payment in 2007, when it should have been included for the 2005 taxation year (appeal book, Vol. IV, page 444, paragraph 23). During the process leading to this adjustment, the auditor became interested in several accounting entries in one of two accounts, namely the "Interest Expense Taxes Payable – Disputed Accruals" account (appeal book, Vol. IV, page 445, paragraphs 27–28 and appeal book, Vol. II, page 54, paragraph 15). In order to verify the source of those accounting entries, Query 2005–10 was issued requesting the disclosure of the "original supporting working papers" for this account (appeal book, Vol. II, page 98 and appeal book, Vol. III, page 250, lines 9–18). The "original supporting working papers" for this account were BP Canada's Tax Reserve Papers.

[10] The appellant initially refused to comply with Query 2005–10. The reason for this refusal was that, first, disclosure of its Tax Reserve Papers would not only provide the Minister with a roadmap to its uncertain tax positions, but the Minister would also gain access to the analyses behind those positions (appeal book, Vol. IV, page 446, paragraph 31). Second, the appellant took the position that the issue raised in that query had already been addressed (appeal book, Vol. IV, pages 444–445, paragraphs 24–26).

[11] During a meeting on May 4, 2010, the auditor advised that the query was not to be read as requesting details concerning BP Canada's uncertain tax positions

[8] Au cours de la vérification de BP Canada pour l'année d'imposition 2005, la gestionnaire de la vérification et son groupe (collectivement la vérificatrice) ont découvert un problème lié à un montant d'intérêt sur remboursement versé par le ministre à l'appelante. Elle a examiné deux comptes tenus par BP Canada dans lesquels le paiement aurait pu être consigné (dossier d'appel, vol. II, page 53, paragraphe 13). N'ayant pu établir que l'intérêt sur remboursement avait bel et bien été consigné dans l'un d'eux, elle a adressé la demande 2005–8 (dossier d'appel, vol. IV, page 593).

[9] La vérification a fini par révéler que BP Canada avait déclaré l'intérêt sur remboursement pour l'année d'imposition 2007, alors qu'elle aurait dû le déclarer pour 2005 (dossier d'appel, vol. IV, page 444, paragraphe 23). Au cours des travaux menant à cet ajustement, la vérificatrice s'est intéressée à d'autres entrées comptables dans l'un de deux comptes, dont un compte de régularisation intitulé [TRADUCTION] « Frais d'intérêts fiscaux – Charges à payer litigieuses » (dossier d'appel, vol. IV, page 445, paragraphes 27 et 28 et dossier d'appel, vol. II, page 54, paragraphe 15). Pour vérifier la source de ces entrées, elle a émis la demande 2005–10 exigeant la communication des [TRADUCTION] « documents comptables originaux étayant les entrées » pour ce compte (dossier d'appel, vol. II, page 98 et dossier d'appel, vol. III, page 250, lignes 9 à 18). Ces « documents comptables originaux étayant les entrées » pour ce compte ne sont rien d'autre que les DPDF de BP Canada.

[10] L'appelante a d'abord refusé d'obtempérer à la demande 2005–10. Selon elle, premièrement, la communication de ses DPDF non seulement révélerait au ministre ses positions fiscales incertaines, mais lui fournirait également les analyses étayant ces positions (dossier d'appel, vol. IV, page 446, paragraphe 31). Deuxièmement, l'appelante a fait valoir que la préoccupation sur laquelle portait cette demande avait déjà été réglée (dossier d'appel, vol. IV, pages 444 et 445, paragraphes 24 à 26).

[11] Au cours d'une réunion tenue le 4 mai 2010, la vérificatrice a informé BP Canada que la demande ne devait pas être interprétée comme exigeant la production

(appeal book, Vol. IV, page 446, paragraph 32 and page 447, paragraph 34). In response, BP Canada offered to produce a redacted version of its Tax Reserve Papers showing all amounts, but without revealing the uncertain tax positions or the underlying analyses. This would show the auditor that the accounting entries of interest were not linked to a taxable source (appeal book, Vol. IV, page 446, paragraph 32). The auditor agreed to this subject to the right to insist on the full disclosure of the Tax Reserve Papers if the redacted version did not provide a satisfactory answer (appeal book, Vol. IV, page 446, paragraph 33).

[12] A copy of BP Canada's redacted Tax Reserve Papers was provided to the auditor on May 13, 2010 (appeal book, Vol. IV, page 447, paragraph 35). The redacted Tax Reserve Papers did address the concern about the accounting entries, but they gave rise to another concern: the taxes that were proposed to be assessed were materially lower than the reserves set out in BP Canada's Tax Reserve Papers. This flagged a significant tax revenue loss. On June 17, 2010, the auditor made a formal request for the unredacted version, insisting that the uncertain tax positions be shown (appeal book, Vol. IV, page 448, paragraph 37).

[13] Numerous exchanges followed. Both parties firmly maintained their respective positions (appeal book, Vol. IV, pages 449–452, paragraphs 41–53). On October 1, 2010, the auditor received information establishing that contrary to what the numbers indicated, the amounts associated with the uncertain tax positions in BP Canada's Tax Reserve Papers were significantly lower than the projected assessment (appeal book, Vol. IV, page 451, paragraphs 49 and 50). This however did not resolve the matter as the auditor took the position that these papers had to be produced whether the concern surrounding these amounts was justified or not (appeal book, Vol. III, page 348, lines 9–13).

de détails sur ses positions fiscales incertaines (dossier d'appel, vol. IV, page 446, paragraphe 32 et page 447, paragraphe 34). En réponse, BP Canada a offert de produire une version caviardée de ses DPDF qui montrerait tous les chiffres, sans toutefois révéler les positions fiscales incertaines et les analyses les sous-tendant. Ainsi, BP Canada serait en mesure de démontrer à la vérificatrice que les entrées consignait le montant des intérêts n'étaient pas liées à une source imposable (dossier d'appel, vol. IV, page 446, paragraphe 32). La vérificatrice a accepté, à condition de conserver le droit d'exiger la communication des copies non caviardées des DPDF dans le cas où la version caviardée ne fournirait pas de réponse adéquate (dossier d'appel, vol. IV, page 446, paragraphe 33).

[12] BP Canada a fourni à la vérificatrice une copie caviardée de ses DPDF le 13 mai 2010 (dossier d'appel, vol. IV, page 447, paragraphe 35). La copie caviardée a permis de répondre aux préoccupations à propos des entrées. Toutefois, elle a soulevé une autre préoccupation : le montant de l'impôt à établir était substantiellement inférieur au montant de la provision consignée par BP Canada dans les DPDF, ce qui signalait une perte substantielle de recettes fiscales. Le 17 juin 2010, la vérificatrice a présenté une demande formelle visant à obtenir la copie non caviardée, qui révélerait les positions fiscales incertaines (dossier d'appel, vol. IV, page 448, paragraphe 37).

[13] De nombreux échanges entre les parties ont suivi, chacune persistant dans son opinion (dossier d'appel, vol. IV, pages 449 à 452, paragraphes 41 à 53). Le 1^{er} octobre 2010, la vérificatrice a reçu des renseignements révélant que, contrairement à ce que les chiffres indiquaient, le montant des impôts relatifs aux positions fiscales incertaines consignées dans les DPDF de BP Canada était considérablement inférieur à celui de la cotisation prévue (dossier d'appel, vol. IV, page 451, paragraphes 49 et 50). L'affaire n'en est cependant pas restée là. La vérificatrice a affirmé que les DPDF devaient être produits, que la préoccupation portant sur les chiffres soit justifiée ou non (dossier d'appel, vol. III, page 348, lignes 9 à 13).

[14] On October 15, 2010, the appellant confirmed that it was not going to produce the unredacted version of its Tax Reserve Papers, and the auditor responded by announcing that a compliance order would eventually be sought (appeal book, Vol. IV, page 452, paragraph 53).

[15] The 2006 and 2007 audits were then undertaken with similar requests being issued for the full and complete disclosure of “all original working papers of the current income tax liability . . . , including but not limited to the Reserve for Adverse Taxes” (appeal book, Vol. IV, pages 452–453, paragraphs 55 and 57). The appellant again opposed these requests and submitted redacted versions.

[16] On May 8, 2012, the Minister brought an application before the Federal Court under subsection 231.7(1) of the Act seeking an order “for the production of [BP Canada’s] working papers requested by the Minister of National Revenue in Query 2005-10.1, Query 2006-16 and Query 2007-6” (appeal book, Vol. II, pages 46–49).

[17] By this time, the Minister had already reassessed the 2005 and 2006 taxation years. Thus, BP Canada’s working papers were no longer sought for the purpose of auditing those years (appeal book, Vol. II, page 61, paragraph 45). The stated purpose for obtaining the Tax Reserve Papers was to audit the 2007 and subsequent taxation years (appeal book, Vol. II, page 61, paragraph 45).

[18] Before the Federal Court Judge issued his decision, the 2007 taxation year was reassessed with the result that only the subsequent taxation years remained under audit. In this respect, the parties informed the Court during the hearing of the appeal that the Minister has since issued requests for the production of BP Canada’s Tax Reserve Papers in an unredacted form for the 2008, 2009 and 2010 taxation years. The parties are agreed that BP Canada’s obligation to comply with these outstanding requests turns on the outcome of this appeal.

[14] Le 15 octobre 2010, BP Canada a confirmé ne pas avoir l’intention de produire une copie non caviardée de ses DPDF, ce à quoi la vérificatrice a répondu qu’une ordonnance visant leur production allait être sollicitée (dossier d’appel, vol. IV, page 452, paragraphe 53).

[15] Les vérifications pour les années d’imposition 2006 et 2007 ont donné lieu à des demandes semblables en vue de la communication intégrale de [TRADUCTION] « tous les documents comptables originaux portant sur l’impôt sur le revenu à payer [...], y compris la provision en cas de conséquences fiscales défavorables » (dossier d’appel, vol. IV, pages 452 et 453, paragraphes 55 et 57). L’appelante s’est également opposée à ces demandes et a soumis des copies caviardées.

[16] Le 8 mai 2012, le ministre a présenté une demande à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 231.7(1) de la Loi sollicitant une ordonnance [TRADUCTION] « de production des [DTIC de BP Canada] exigés par le ministre du Revenu national par le truchement des demandes 2005-10.1, 2006-16 et 2007-6 » (dossier d’appel, vol. II, pages 46 à 49).

[17] À ce moment, le ministre avait déjà établi une nouvelle cotisation à l’égard des années d’imposition 2005 et 2006. Par conséquent, les DPDF de BP Canada n’étaient plus sollicités aux fins de vérification de ces années d’imposition (dossier d’appel, vol. II, page 61, paragraphe 45). Pour justifier la demande visant ces documents, la vérification de l’année d’imposition 2007 et des années suivantes a été invoquée (dossier d’appel, vol. II, page 61, paragraphe 45).

[18] Avant que le juge de la Cour fédérale ne rende sa décision, une nouvelle cotisation a été établie à l’égard de l’année d’imposition 2007. Seules les années d’imposition subséquentes faisaient donc l’objet d’une vérification. À cet égard, les parties ont informé la Cour à l’audience que le ministre avait depuis lors présenté des demandes visant la production d’une version non caviardée des DPDF de BP Canada pour les années d’imposition 2008, 2009 et 2010. Il est acquis aux débats que l’obligation pour BP Canada d’obtempérer à ces demandes dépend de l’issue du présent appel.

FEDERAL COURT DECISION

[19] The Minister took the position before the Federal Court Judge, and before us, that the documents being sought are those “that list [BP Canada’s] uncertain tax positions” (Minister’s memorandum, paragraph 8). The documents so described were referred to by the parties in the proceeding below as the “Issues Lists”. The Federal Court Judge adopted this language throughout his reasons, but the order that he issued makes no reference to it.

[20] In allowing the application, the Federal Court Judge addressed two issues: whether the Issues Lists come within the scope of subsection 231.1(1) of the Act; and if so, whether he should exercise his discretion not to compel the disclosure of this information.

[21] Before addressing these issues, the Federal Court Judge provided a summary of the Minister’s policy with respect to accessing TAWPs. It is useful to reproduce the 2004 and 2010 extracts which he quoted (reasons, paragraphs 11 and 12, without emphasis):

[2004]

It is not the policy or practice of the Department routinely to request audit files from accountants for inspection. Normally, any such request would result only when the auditor’s files form part of the taxpayer’s records and a proper examination could not be carried out without access to those files.

[...]

It is not the policy of the CCRA to request a general access to accountant’s working papers for the purpose of scrutinizing them in the course of conducting an audit.

[2010]

CRA Officials are authorized to request and receive any documents needed to conduct a proper inspection, audit or examination, subject to solicitor-client or litigation privilege.

DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[19] Le ministre a plaidé devant le juge de la Cour fédérale, ainsi que devant nous, que les documents sollicités étaient ceux [TRADUCTION] « qui énumèrent les positions fiscales incertaines [de BP Canada] » (mémoire du ministre, paragraphe 8). Les documents qui correspondent à cette description étaient désignés par les parties en première instance par le terme « listes de questions ». Le juge de la Cour fédérale a repris ce terme dans l’intégralité de ses motifs, mais l’ordonnance rendue n’en fait toutefois pas mention.

[20] En accueillant la demande, le juge de la Cour fédérale a abordé deux questions, à savoir si les listes de questions étaient visées par le paragraphe 231.1(1) de la Loi et, dans l’affirmative, s’il devait exercer sa discrétion pour ne pas en ordonner la communication.

[21] Avant d’aborder ces questions, le juge de la Cour fédérale a résumé la politique du ministre à l’égard de la production des DTIC. Il est utile de reprendre les passages cités, qui datent respectivement de 2004 et 2010 (motifs, paragraphes 11 et 12; soulignement omis) :

[2004]

Il n’est pas dans les habitudes du ministère, en théorie ou en pratique, de demander aux comptables de fournir leurs dossiers de vérification pour inspection. En général, ce genre de demande ne se produit que lorsque les dossiers du vérificateur font partie des documents du contribuable et qu’il n’est pas possible de procéder à un examen en bonne et due forme sans accès à ces dossiers.

[...]

Il n’est pas dans les habitudes de l’ARC de demander un accès général aux documents de travail d’un comptable pour les examiner dans le cadre d’une vérification.

[2010]

Les personnes autorisées de l’ARC ont le pouvoir de demander et de recevoir tous les documents nécessaires à la tenue d’une inspection, d’une vérification ou d’un examen approprié à moins que ces documents ne soient protégés par le privilège des communications entre client et avocat (...) ou le privilège relatif à un litige.

[...]

“any document” includes accountants’ and auditors’ working papers that relate to a taxpayer’s books and records and that may be relevant to the administration or enforcement of the ITA, ETA, and other relevant legislation. Accountants’ and auditors’ working papers include working papers created by or for an independent auditor or accountant in connection with an audit or review engagement, advice papers, and tax accrual working papers (including those that relate to reserves for current, future, potential or contingent tax liabilities).

[...]

Although not routinely required, officials may request tax accrual working papers.

[22] Addressing first the issue of the compellability of the Issues Lists, the Federal Court Judge summarily rejected the arguments put to him by the appellant. In response to BP Canada’s assertion that the Minister did not need the Issues Lists in order to perform the audit, the Federal Court Judge acknowledged that this “might very well be true, except for the fact that the Minister wants them, not only to expedite the audit process, but also for use in its continuing and future [audits]” (reasons, paragraph 23). According to the Federal Court Judge, only the Minister can determine what is required in order to advance the audit process (reasons, paragraph 23).

[23] The Federal Court Judge also dismissed the contention that forcing the disclosure of the Issues Lists would cause the appellant to self-audit rather than to self-assess. He pointed out that the Minister was not asking for anything to be prepared, but rather sought disclosure of already-prepared documents (reasons, paragraph 24).

[24] The Federal Court Judge further rejected the contention that the Issues Lists were not compellable because they were not required to be kept under the Act. In his words, the Issues Lists “are relevant to the payment of tax under the *Act* because they are an im-

[...]

(...) « [T]out document » comprend les documents de travail des comptables et des vérificateurs qui se rapportent aux livres de comptes et registres du contribuable et qui peuvent être pertinents à l’administration ou à l’exécution de la LIR, la LTA et d’autres lois connexes. Les documents de travail des comptables et des vérificateurs comprennent les documents de travail préparés par ou pour un vérificateur ou un comptable indépendant en lien avec une mission de vérification ou d’examen, les documents contenant des conseils, les documents de travail sur les impôts courus (notamment ceux qui sont liés aux provisions pour dettes fiscales actuelles, à venir, possibles ou contingentes).

[...]

Bien que cela ne soit pas une exigence courante, les personnes autorisées peuvent demander les documents de travail sur l’impôt couru.

[22] En abordant en premier lieu l’existence d’une obligation de produire les listes de questions, le juge de la Cour fédérale a rejeté sommairement les arguments qu’avait fait valoir l’appelante. En réponse à l’affirmation de BP Canada selon laquelle le ministre n’avait pas besoin d’obtenir les listes de questions pour procéder à la vérification, le juge a reconnu que c’était « peut-être tout à fait vrai, excepté que le ministre les veut, non seulement pour accélérer la procédure de vérification, mais aussi pour faciliter les vérifications ultérieures » (motifs, paragraphe 23). Selon le juge de la Cour fédérale, il appartient au ministre seul de décider ce que le processus de vérification nécessite (motifs, paragraphe 23).

[23] Le juge de la Cour fédérale a également rejeté l’argument selon lequel contraindre l’appelante à communiquer les listes de questions équivaldrait pour cette dernière à procéder à l’auto-vérification, plutôt qu’à l’auto-cotisation. Il a fait remarquer que le ministre exigeait, non pas la préparation de documents, mais la communication de documents existants (motifs, paragraphe 24).

[24] En outre, le juge de la Cour fédérale a rejeté la thèse voulant que la communication des listes de questions ne puisse être exigée, car la Loi ne prévoit pas la tenue de tels documents. Pour reprendre ses propos, les listes de questions « ont à voir avec le paiement de

portant tax record in BP Canada's possession" (reasons, paragraph 25).

[25] According to the Federal Court Judge, the Issues Lists come within the scope of subsection 231.1(1) of the Act, as they relate to the determination of taxable income. In his view, the Minister's purpose of taxation accountability is related to the enforcement of the Act as stated in *Tower v. M.N.R.*, 2003 FCA 307, [2004] 1 F.C.R. 183 (*Tower*). Moreover, the Issues Lists "relate to information in BP Canada's records" and they "relate to an amount payable by BP Canada under the Act" (reasons, paragraph 26). He added that although the "[TAWPs] contain subjective analyses of tax risk, together with factual information upon which tax reporting is founded, ... they are relevant to BP Canada's intention in creating the reserves" (reasons, paragraph 26).

[26] The Federal Court Judge also dismissed the public policy concerns hovering over independent auditors if TAWPs are held to be compellable. In his words (reasons, paragraph 29):

By bringing the present Application, the Minister is adhering to, and implementing the policy that, without restriction, [TAWPs] are compellable under the Act. In the circumstances of the present case, and in view of the conclusion just expressed agreeing with the Minister's position, if concerns arise within the industry, of which BP Canada is a part, it is for the Minister to address the concerns. The Minister is taken to know the ramifications of a successful outcome on the legal issue in the present Application. The public and industry interest is within the Minister's purview, and not the Court's.

[27] The Federal Court Judge went on to dismiss BP Canada's contention that if the Issues Lists are compellable, the Court should decline to exercise its discretion in favour of the Minister. In so doing, the Federal Court Judge rejected the contention that the auditor was on a fishing expedition because the purpose underlying the request for disclosure had changed over time. According to him, the auditor's intention "was specifically to obtain

l'impôt en vertu de la Loi parce qu'elles constituent un dossier fiscal important que [BP Canada] a en sa possession » (motifs, paragraphe 25).

[25] Selon le juge de la Cour fédérale, les listes de questions tombent sous le paragraphe 231.1(1) de la Loi, au motif qu'elles permettent le calcul du revenu imposable. À son avis, l'objectif du ministre en matière d'évaluation de l'obligation fiscale est lié à l'exécution de la Loi, comme le dit l'arrêt *Tower c. M.R.N.*, 2003 CAF 307, [2004] 1 R.C.F. 183 (*Tower*). En outre, les listes de questions « ont trait aux renseignements contenus dans les dossiers de BP Canada » et « à un montant payable par l'entreprise en vertu de la Loi » (motifs, paragraphe 26). Il ajoute que, même si les « [DTIC] contiennent des analyses subjectives des risques fiscaux, ainsi que des renseignements factuels étayant la reddition de comptes, [...] les documents de travail en question sont assujettis au paragraphe 231.1(1) parce qu'ils sont liés à l'intention de BP Canada de prévoir des provisions » (motifs, paragraphe 26).

[26] Le juge de la Cour fédérale a également écarté les préoccupations relatives aux conséquences de la politique gouvernementale pour les vérificateurs indépendants dans la mesure où la communication des DTIC pourrait être exigée. Selon lui (motifs, paragraphe 29) :

En présentant cette requête, le ministre adhère à l'idée, et l'applique sans restriction, que les [DTIC] peuvent faire l'objet d'une contrainte à produire en vertu de la Loi. Dans les circonstances de l'espèce et compte tenu de la conclusion déjà exprimée en faveur de la position du ministre, si le besoin se fait sentir à l'égard d'une entreprise, et BP Canada en est une, c'est au ministre d'en juger. Le ministre est censé connaître les ramifications d'une issue positive de la question juridique soulevée en l'espèce. L'intérêt public et celui des entreprises sont du ressort du ministre et non pas de la Cour.

[27] Le juge de la Cour fédérale a ensuite rejeté la thèse de BP Canada selon laquelle, si la communication des listes de questions pouvait être exigée, la Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du ministre. Ainsi, le juge n'a pas souscrit à l'argument voulant que la vérificatrice avait procédé à l'aveuglette, vue que l'objet de la demande de production avait changé en cours de route. Selon le juge,

a clear roadmap to be used for current and future audits” (reasons, paragraph 38).

[28] The Federal Court Judge further rejected the contention that the auditor acted in bad faith or with “an underlying pernicious intention to mislead” (reasons, paragraph 35). In his view, while this argument raised “an unresolved serious triable issue: on a balance of probabilities” (reasons, paragraph 39), it rested on speculation on the part of the appellant. In his view, the behaviour of the auditor could be explained by a *bona fide* exercise of the powers granted under the Act (reasons, paragraphs 40–44).

[29] Lastly, the Federal Court Judge rejected the appellant’s argument that it was unfairly singled out by the Minister. According to him, the question was ““fairness to whom?”” (reasons, paragraph 47). If the Minister does not discover uncertain tax positions within the limitation period, Canadian taxpayers lose. In his view, it was only fair and just that these issues be identified in good time and resolved by the courts (reasons, paragraph 47).

[30] The Federal Court Judge went on to order BP Canada to produce the “working papers requested by the Minister of National Revenue in Query 2005-10.1, Query 2006-16, and Query 2007-6” pursuant to subsection 231.7(1) of the Act (order of the Federal Court).

POSITION OF THE PARTIES

- *The appellant*

[31] The appellant submits that subsection 231.1(1) of the Act is a “fact-finding tool” available to the Minister only for the purpose of establishing a relevant fact (BP Canada’s memorandum, paragraph 46). A “relevant fact” in turn is understood to mean a fact that will establish a taxpayer’s taxable income or tax liability (BP

l’intention de la vérificatrice « visait donc spécifiquement à obtenir une feuille de route utilisable dans le cadre des vérifications en cours et à venir » (motifs, paragraphe 38).

[28] Le juge de la Cour fédérale a d’ailleurs écarté l’argument selon lequel la vérificatrice avait agi de mauvaise foi ou « dans l’intention pernicieuse non avouée de tromper » (motifs, paragraphe 35). Selon lui, si cet argument soulevait « une grave question justiciable non réglée : selon la prépondérance des probabilités » (motifs, paragraphe 39), il était fondé sur des conjectures émises par l’appelante. À son avis, les actes de la vérificatrice s’expliquaient par l’exercice légitime des pouvoirs que la Loi confère au ministre (motifs, paragraphes 40 à 44).

[29] En dernier lieu, le juge de la Cour fédérale a rejeté l’argument de l’appelante selon que le ministre s’en était injustement pris à elle. Pour reprendre les propos du juge, la question était la suivante : « “justice pour qui?” » (motifs, paragraphe 47). Si le ministre n’est pas mis au courant des positions fiscales incertaines avant que toute action soit prescrite, ce sont les contribuables canadiens qui sont perdants. Selon lui, ces questions doivent être dégagees à temps et réglées par les tribunaux (motifs, paragraphe 47).

[30] Le juge de la Cour fédérale a ordonné à BP Canada de produire les « documents de travail [...] demandés par le ministre du Revenu national dans le cadre des demandes 2005-10.1, 2006-16 et 2007-6 » en vertu du paragraphe 231.7(1) de la Loi (ordonnance de la Cour fédérale).

PRÉTENTIONS DES PARTIES

- *L’appelante*

[31] L’appelante fait valoir que le paragraphe 231.1(1) de la Loi confère au ministre un pouvoir pour colliger des faits, mais seulement dans la mesure où ce pouvoir sert à établir un fait pertinent (mémoire de BP Canada, paragraphe 46). Or, il faut entendre par « fait pertinent » celui qui permet d’établir le revenu imposable

Canada's memorandum, paragraph 46). While the word "fact" is nowhere to be found in subsection 231.1(1), the appellant maintains that the word "information", which is used in the subsection, has to be interpreted to mean a fact that is relevant to taxable income or tax liability. This interpretation is rooted in the wording of a companion provision, subsection 230(1), which requires taxpayers to keep books and records containing "information as will enable the taxes payable under this Act or the taxes or other amounts that should have deducted, withheld or collected to be determined" (BP Canada's memorandum, paragraph 55).

[32] Such an interpretation would strike the appropriate balance with, on the one side, the Minister's obligation to administer the Act, and on the other, the appellant's reasonable expectation of privacy over the Issues Lists (BP Canada's memorandum, paragraphs 59 and 65 citing *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, (1990), 68 D.L.R. (4th) 568).

[33] Since the Minister neither alleges nor establishes that the Issues Lists constitute relevant facts, but is rather seeking them to establish a roadmap for the audit, the appellant argues that the appeal should be allowed on this basis alone (BP Canada's memorandum, paragraph 47).

[34] In the alternative, the appellant maintains that the Federal Court Judge erred in not exercising his discretion against the Minister (BP Canada's memorandum, paragraph 73). If allowed to stand, the order would bestow upon the Minister an "unqualified right" to require taxpayers to disclose any issues identified in preparing their tax returns (BP Canada's memorandum, paragraph 75(a)). Such a right would be available even in the absence of a reasonable basis for considering that the information sought is relevant in determining whether the tax return under audit is correct (BP Canada's memorandum, paragraph 75(b)).

ou la dette fiscale d'un contribuable (mémoire de BP Canada, paragraphe 46). Même si le terme « fait » ne figure pas au paragraphe 231.1(1), l'appelante soutient que le terme « renseignements », qui y figure, doit être assimilé à un fait permettant de déterminer le montant du revenu imposable ou de la dette fiscale. Cette interprétation se fonde sur le libellé de la disposition connexe, à savoir le paragraphe 230(1), qui oblige le contribuable à tenir des registres et des livres de compte « renfermant les renseignements qui permettent d'établir le montant des impôts payables en vertu de la présente loi, ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues » (mémoire de BP Canada, paragraphe 55).

[32] Une telle interprétation permettrait de concilier, d'une part, l'obligation du ministre relative à l'application de la Loi et, d'autre part, l'attente raisonnable de l'appelante en matière de protection de la vie privée à l'égard des listes de questions (mémoire de BP Canada, paragraphes 59 et 65, se référant à l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627).

[33] Puisque le ministre ne prétend pas que les listes de questions constituent des faits pertinents ni n'établit ce fait, mais cherche plutôt à les obtenir pour orienter sa vérification, l'appelante est d'avis que cela suffit pour permettre que l'appel soit accueilli (mémoire de BP Canada, paragraphe 47).

[34] Subsidiairement, l'appelante fait valoir que le juge de la Cour fédérale a erré en n'exerçant pas le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré pour refuser au ministre sa demande (mémoire de BP Canada, paragraphe 73). Si l'ordonnance est confirmée, le ministre disposerait d'un [TRADUCTION] « droit absolu » d'exiger des contribuables qu'ils communiquent toute position incertaine soulevée au cours de la préparation de leur déclaration de revenu (mémoire de BP Canada, paragraphe 75(a)). Le ministre pourrait exercer un tel droit qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire que les renseignements sollicités permettraient bel et bien d'évaluer l'exactitude de la déclaration de revenu faisant l'objet de la vérification (mémoire de BP Canada, paragraphe 75(b)).

[35] The appellant submits that giving paragraph 231.1(1)(a) a scope as wide as the Minister contends must be avoided. It notes that Parliament has declined to grant the Minister such wide powers (BP Canada’s memorandum, paragraph 76(a)); the efficacy of such auditing powers would be nil if companies were to assert solicitor-client privilege over TAWPs (BP Canada’s memorandum, paragraph 76(b)); and there is no harm in applying a restrictive interpretation to subsection 231.1(1) of the Act and requiring the Minister to prove that the Issues Lists are relevant facts (BP Canada’s memorandum, paragraph 76(c)).

[36] Additionally, the appellant warns the Court against relying on American jurisprudence, in particular *United States v. Textron Inc.*, 577 F.3d 21 (1st Cir. 2009) (*Textron*), pages 26–30. The appellant submits that in the U.S., access to TAWPs is governed by specific regulations. In Canada, legislation has not been enacted which would control access to TAWPs (BP Canada’s memorandum, paragraph 77).

[37] The appellant further asserts that it was unreasonable for the Minister to seek disclosure of the Issues Lists in contravention with published policy and for “an improper and unauthorized purpose” (BP Canada’s memorandum, paragraph 78). Short of exceptional circumstances, the Minister should not be allowed to obtain the Issues Lists and the Federal Court Judge should have exercised his discretion against the issuance of the order (BP Canada’s memorandum, paragraph 84).

- *The intervener*

[38] CPA Canada highlights the professional, ethical and practical concerns raised by routine and uncontrolled requests for TAWPs (intervener’s memorandum, paragraph 4). Professional accountants have a direct role in ensuring a degree of confidence in publicly-traded corporations’ financial statements through independent auditing. Because they act in the public interest, they are subject to professional and

[35] Selon l’appelante, il ne faudrait pas donner à l’alinéa 231.1(1)a) la portée que lui impute le ministre. Elle fait remarquer que le législateur a refusé d’accorder au ministre des pouvoirs si étendus (mémoire de BP Canada, paragraphe 76(a)); de tels pouvoirs en matière de vérification seraient vains si les sociétés y opposaient le secret professionnel de l’avocat à l’égard des documents comptables (mémoire de BP Canada, paragraphe 76(b)); il n’y a rien de mal à interpréter de manière restrictive le paragraphe 231.1(1) de la Loi et à exiger du ministre qu’il prouve que les listes de questions constituent des faits pertinents (mémoire de BP Canada, paragraphe 76(c)).

[36] En outre, selon l’appelante, la Cour ne devrait pas suivre les enseignements de la jurisprudence américaine en la matière, tout particulièrement l’arrêt *United States v. Textron Inc.*, 577 F.3d 21 (1st Cir. 2009) (*Textron*), pages 26 à 30. L’appelante fait valoir qu’aux États-Unis, la communication des documents comptables tombe sous le coup d’un régime réglementaire particulier, tandis qu’au Canada, aucune loi ne régit l’accès à ces documents (mémoire de BP Canada, paragraphe 77).

[37] L’appelante fait également valoir que le ministre n’avait pas de motifs raisonnables de solliciter la communication des listes de questions en contravention à sa propre politique et dans un [TRADUCTION] « but irrégulier et non autorisé » (mémoire de BP Canada, paragraphe 78). En l’absence de circonstances exceptionnelles, le ministre ne devrait pas être habilité à obtenir les listes de questions, et le juge de la Cour fédérale aurait dû refuser de rendre l’ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire (mémoire de BP Canada, paragraphe 84).

- *L’intervenante*

[38] CPA Canada souligne ses préoccupations sur les plans professionnel, éthique et pratique face à la perspective de demandes courantes et illimitées visant la production des DTIC (mémoire de l’intervenante, paragraphe 4). Les comptables professionnels, par le truchement de vérifications indépendantes, contribuent directement à la confiance accordée aux états financiers des sociétés cotées en bourse. Agissant dans l’intérêt

ethical obligations, such as an obligation of integrity, a duty of care, and a duty of objectivity (intervener's memorandum, paragraph 18). In keeping with those obligations, professional accountants have to review TAWPs prepared by the corporations which they audit (intervener's memorandum, paragraph 22) in addition to preparing their own TAWPs (intervener's memorandum, paragraph 23).

[39] CPA Canada thus fears that the order, if allowed to stand, will cause corporations to "hesitate to voluntarily and fully disclose their tax risks" (intervener's memorandum, paragraph 33). Moreover, routine access by the Minister to subjective opinions on tax risks may "discourage corporations from preparing such analysis in order to protect it from disclosure" (intervener's memorandum, paragraph 38).

[40] CPA Canada invites the Court to interpret subsection 231.1(1) of the Act in light of "the global context of rules of professional ethics and financial reporting" (intervener's memorandum, paragraph 44). This means that only objective information would be subject to production, such as the "disclosure of all transactions that could have a material impact on the corporation's tax liability, without identifying the degree of tax risk that any of those transactions may have" (intervener's memorandum, paragraph 53).

- *The Minister*

[41] The Minister supports the conclusion reached by the Federal Court Judge and relies essentially on the reasons that he gave. According to the Minister, the Issues Lists fall squarely within broad auditing powers.

[42] The Minister adds that the purpose behind the request for disclosure of the Issues Lists is a "tax compliance audit" that relates to the administration or enforcement of the Act within the meaning of subsection 231.1(1) (Minister's memorandum, paragraph 21). Disclosure of the appellant's uncertain tax positions "with which the Minister may disagree and which, in [BP Canada's]

public, ils sont soumis à des obligations professionnelles et éthiques, notamment des obligations d'intégrité et d'objectivité et un devoir de diligence (mémoire de l'intervenante, paragraphe 18). Pour s'acquitter de ces obligations, les comptables professionnels sont tenus d'examiner les DTIC préparés par les sociétés faisant l'objet de la vérification (mémoire de l'intervenante, paragraphe 22) en plus de préparer leurs propres DTIC (mémoire de l'intervenante, paragraphe 23).

[39] CPA Canada craint que, si l'ordonnance est confirmée, les sociétés vont [TRADUCTION] « hésiter à communiquer librement et intégralement leurs risques fiscaux » (mémoire de l'intervenante, paragraphe 33). En outre, selon elle, l'accès courant par le ministre aux avis subjectifs sur les risques fiscaux pourrait [TRADUCTION] « décourager les sociétés de préparer de telles analyses afin d'éviter leur communication » (mémoire de l'intervenante, paragraphe 38).

[40] CPA Canada invite la Cour à interpréter le paragraphe 231.1(1) de la Loi à la lumière du [TRADUCTION] « contexte global des règles d'éthique professionnelle et de préparation des états financiers » (mémoire de l'intervenante, paragraphe 44). Ainsi, seule l'information objective serait visée par la production, comme la [TRADUCTION] « communication de toutes les opérations susceptibles d'avoir un effet significatif sur la dette fiscale de la société sans indication quant au degré de risque sur le plan fiscal que présente l'une ou l'autre opération » (mémoire de l'intervenante, paragraphe 53).

- *Le ministre*

[41] Le ministre souscrit à la conclusion du juge de la Cour fédérale et reprend essentiellement les motifs de ce dernier. Selon le ministre, la liste de questions tombe à même ses pouvoirs étendus en matière de vérification.

[42] Le ministre ajoute que l'objet de la demande de communication des listes de questions concerne la [TRADUCTION] « vérification du respect des obligations fiscales », qui relève de l'application et de l'exécution de la Loi au sens où il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 231.1(1) (mémoire du ministre, paragraphe 21). Révéler les positions fiscales incertaines de

opinion, the Minister may challenge successfully” furthers efficiency: the Minister will be able to focus resources on problem areas (Minister’s memorandum, paragraphs 20 and 27, citing BP Canada’s memorandum, paragraph 18).

[43] The Minister maintains that the ability to properly administer the Act requires broad powers to obtain information and the empowerment to make use of all available risk assessment techniques (Minister’s memorandum, paragraphs 28–30).

[44] Furthermore, the Minister maintains that the Federal Court Judge made no palpable and overriding errors of fact. According to the Minister, the Federal Court Judge properly rejected any suggestion that the auditor acted dishonestly or for an improper purpose. Nor could it be said that the Federal Court Judge misunderstood the nature and purpose of TAWPs (Minister’s memorandum, paragraphs 32–37).

[45] While the Minister agrees that the Federal Court Judge retains discretion not to compel disclosure under subsection 231.7(1) of the Act, it remains the case that this Court should follow in the footsteps of the Federal Court Judge and American courts in rejecting the appellant’s position. First, it was open to the Federal Court Judge to find that neither bad faith, dishonesty, nor unfairness arose from the auditor’s conduct (Minister’s memorandum, paragraphs 45–47). As to U.S. jurisprudence, the Minister refers specifically to *Textron* and *United States v. Arthur Young & Co*, 465 U.S. 805 (1984) (*Arthur Young*) where arguments of the kind advanced by CPA Canada were rejected (Minister’s memorandum, paragraphs 48–50).

[46] The Minister disagrees with the appellant’s view that Parliament has not put its mind to this issue. The present wording of subsection 231.1(1) is as broad as can be. Parliament has given the Minister the necessary powers to compel TAWPs (Minister’s memorandum, paragraph 51).

l’appelante [TRADUCTION] « à l’égard desquelles le ministre est susceptible de s’inscrire en faux et auxquelles il pourrait [de l’avis de BP Canada] s’opposer » favorise l’efficience : le ministre sera en mesure de concentrer ses ressources sur les problèmes (mémoire du ministre, paragraphes 20 et 27, citant le mémoire de BP Canada, paragraphe 18).

[43] Le ministre fait valoir que, pour bien faire appliquer la Loi, il doit avoir des pouvoirs étendus de collecte de renseignements et être habilité à utiliser toutes les techniques d’évaluation des risques à sa disposition (mémoire du ministre, paragraphes 28 à 30).

[44] En outre, le ministre est d’avis que le juge de la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur de fait manifeste et dominante. Selon lui, le juge de la Cour fédérale a rejeté à bon droit toute suggestion selon laquelle les actes de la vérificatrice étaient motivés par la malhonnêteté ou avaient un but irrégulier. On ne peut pas dire non plus que le juge de la Cour fédérale a mal appréhendé la nature et l’objet des documents comptables (mémoire du ministre, paragraphes 32 à 37).

[45] Le ministre reconnaît que le juge de la Cour fédérale peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, refuser d’ordonner la production visée au paragraphe 231.7(1) de la Loi, mais il n’en demeure pas moins que notre Cour devrait emboîter le pas au juge de la Cour fédérale et aux cours américaines et rejeter la thèse de l’appelante. D’une part, il était loisible au juge de la Cour fédérale de conclure à l’absence de mauvaise foi, de malhonnêteté et d’iniquité dans les actes de la vérificatrice (mémoire du ministre, paragraphes 45 à 47). D’autre part, quant à la jurisprudence américaine, le ministre renvoie expressément aux arrêts *Textron* et *United States v. Arthur Young & Co*, 465 U.S. 805 (1984) (*Arthur Young*), qui ont rejeté des arguments semblables à ceux soulevés par CPA Canada (mémoire du ministre, paragraphes 48 à 50).

[46] Le ministre n’est pas d’accord avec l’appelante pour dire que le législateur n’a pas abordé la question. Le libellé actuel du paragraphe 231.1(1) est aussi général que possible. Le législateur lui a conféré les pouvoirs nécessaires pour exiger la communication des documents comptables (mémoire du ministre, paragraphe 51).

ANALYSIS

- The documents in issue

[47] Before turning to the decision under appeal, it is useful to consider the information contained in TAWPs generally, and in BP Canada's Tax Reserve Papers specifically.

[48] The expression "tax accrual working papers" generally refers to papers created by or for independent auditors in order to assist in the process leading to the certification of financial statements in accordance with GAAP. In Canada, the obligation to issue financial statements that are certified by independent auditors is imposed under provincial securities legislation (appeal book, Vol. IV, page 440, paragraph 5). TAWPs can be created internally or by the independent auditors but in both cases, their purpose is to identify uncertain tax positions and provide for reserves which will allow the independent auditors to certify that the financial statements fairly and accurately reflect the financial situation of the corporation under audit.

[49] Given the reason for which they are prepared, TAWPs typically identify tax positions capable of being challenged successfully by the Minister, an opinion as to the likely outcome in the event that they are, and a reserve intended to neutralize the financial distortion which would result. To the extent that an uncertain tax position endures from one year to the next, the reserve associated with the position is re-evaluated each year.

[50] BP Canada's Tax Reserve Papers were prepared internally for use by the independent auditors in accordance with the applicable accounting standards. Although partially redacted, these papers identify the issues that are considered capable of being challenged successfully by the Minister under the heading "issue" or "income tax issue" (item No. 1); the underlying analyses leading to the selection of the issues identified as uncertain (item No. 2); the "tax at risk" being a quantification of the amounts by which BP Canada's liability for tax and related interest could increase if the Minister was to reassess these issues and prevail on appeal (item

ANALYSE

- Les documents en cause

[47] Avant d'examiner la décision sous appel, il est utile de se pencher sur l'information qui figure généralement dans les DTIC et plus précisément, dans les DPDF de BP Canada.

[48] Le terme « documents de travail sur l'impôt couru » renvoie généralement aux documents préparés par des vérificateurs indépendants — ou à leur intention — dans le cadre de la préparation des états financiers vérifiés suivant les PCGR. Au Canada, l'obligation de publier des états financiers vérifiés par des vérificateurs indépendants relève de la législation provinciale en matière de valeurs mobilières (dossier d'appel, vol. IV, page 440, paragraphe 5). Qu'ils soient établis par la société elle-même ou par les vérificateurs indépendants, les DTIC servent à consigner les positions fiscales incertaines et à prévoir les provisions qui permettront aux vérificateurs indépendants d'attester que les états financiers donnent une image fidèle de la situation financière de la société faisant l'objet de la vérification.

[49] Vu leur objet, les DTIC consignent en général des positions fiscales que le ministre est susceptible de refuser, un avis sur l'issue possible d'un refus et une provision visant à neutraliser les distorsions financières, le cas échéant. Si une position fiscale incertaine s'étend sur plus d'un exercice, la provision qui y est associée est réévaluée chaque année.

[50] Les DPDF de BP Canada ont été préparés à l'interne pour appuyer les vérificateurs indépendants suivant les normes comptables applicables. Bien qu'ils soient caviardés, ces documents consignent les questions auxquelles le ministre pourrait s'opposer, sous la rubrique [TRADUCTION] « question » ou « question relative à l'impôt sur le revenu » (élément n° 1); les analyses ayant fondé la détermination de ce qui constitue une position incertaine (élément n° 2); « l'impôt à risque » correspond au manque à combler — impôt et intérêts — en cas d'établissement par le ministre d'une nouvelle cotisation à l'égard de ces questions, qui serait confirmée en

No. 3); and the reserve reflecting the total of these contingent liabilities for the year (item No. 4) (appeal book, Vol. IV, pages 440–441, paragraphs 5–7 and page 447, paragraphs 31–32).

[51] BP Canada’s Tax Reserve Papers insofar as they reflect the “tax at risk” amounts and the annual reserve—items No. 3 and No. 4—were provided to the Minister, but the uncertain tax positions and the underlying analyses—items No. 1 and No. 2—were redacted.

- *The scope of the order*

[52] There was uncertainty about whether the order under appeal only compels the production of BP Canada’s uncertain tax positions or whether the underlying analyses are also to be produced.

[53] On this point, the reasons given by the Federal Court Judge when read with the order that he gave cause confusion. The Federal Court Judge identifies the question before him as whether the Minister is entitled to compel BP Canada to disclose the “Issues Lists” (reasons, paragraph 8) and concludes that BP Canada must “disclose the Issues Lists” (reasons, paragraph 48). The analysis that takes place in between is conducted throughout by reference to the Issues Lists. However, the order that he gave makes no reference to the Issues Lists. Rather, it compels the production of “the working papers requested by the Minister” in the queries, which begs the question as to precisely what was requested by these queries (order of the Federal Court).

[54] Given this, the appellant expressed concerns that the order could be read as compelling the production of both the uncertain tax positions and the underlying analyses. According to the appellant, this result would be inadvertent as the Minister was only seeking access to its uncertain tax positions (BP Canada’s memorandum, paragraphs 85–87).

[55] The Minister took issue with that view up to the time of the hearing before us (Minister’s memorandum, paragraph 58). At the hearing, counsel conceded that

appel (élément n° 3); la provision correspond au total de ces dettes éventuelles pour l’année (élément n° 4) (dossier d’appel, vol. IV, pages 440 et 441, paragraphes 5 à 7 et page 447, paragraphes 31 et 32).

[51] La partie des DPDF de BP Canada qui consigne « l’impôt à risque » et la provision annuelle, à savoir les éléments n^{os} 3 et 4, ont été fournis au ministre, mais les positions fiscales incertaines et les analyses connexes, à savoir les éléments n^{os} 1 et 2, furent caviardées.

- *La teneur de l’ordonnance*

[52] L’ordonnance faisant l’objet de l’appel a créé de l’incertitude : exige-t-elle seulement la production des positions fiscales incertaines de BP Canada ou vise-t-elle également les analyses connexes?

[53] À cet égard, les motifs du juge de la Cour fédérale, lorsqu’ils sont lus à la lumière de l’ordonnance qu’il a rendue, créent de la confusion. Selon le juge de la Cour fédérale, la question dont il est saisi consiste à décider si le ministre est habilité à contraindre BP Canada à communiquer les « listes de questions » (motifs, paragraphe 8) et conclut que BP Canada doit « communiquer les listes de questions » (motifs, paragraphe 48). L’analyse renvoie partout aux listes de questions. Or, l’ordonnance ne mentionne aucunement ce terme; elle ordonne la production « des documents de travail de la défenderesse demandés par le ministre » dans le cadre de ses demandes, ce qui nous amène à nous demander sur quoi portaient précisément ces demandes (ordonnance de la Cour fédérale).

[54] Vu cet état de fait, l’appelante a dit craindre que l’ordonnance soit comprise comme visant non seulement la production des documents sur les positions fiscales incertaines, mais aussi les analyses connexes. Selon l’appelante, une telle issue ne serait pas voulue puisque le ministre ne cherchait qu’à obtenir les positions fiscales incertaines (mémoire de BP Canada, paragraphes 85 à 87).

[55] Le ministre s’est opposé à cette thèse jusqu’à l’audience devant nous (mémoire du ministre, paragraphe 58). À l’audience, l’avocat a concédé que l’ordonnance

the order would go beyond the relief sought if it was read as compelling the production of the underlying analyses. As a result, the reasons which follow only address the compellability of those parts of BP Canada's Tax Reserve Papers which reflect its uncertain tax positions.

- *Standard of review*

[56] The construction that the Federal Court Judge gave to subsection 231.1(1) of the Act in granting the order under appeal gives rise to a question of law to be assessed on a standard of correctness whereas his application of this provision to the documents in issue gives rise to a mixed question of fact and law, with respect to which he is entitled to deference in the absence of an extricable question of law (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8 and 36).

- *The construction of subsection 231.1(1) of the Act*

[57] As in all such cases, the words of subsection 231.1(1) must be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21).

[58] I agree with the Federal Court Judge that subsection 231.1(1) could not have been drafted in broader terms. Based on the plain language of subsection 231.1(1), a document which "relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable ... under [the] Act" is accessible under that provision.

[59] The introductory words of subsection 231.1(1) specify that in order to invoke this broad wording, the Minister must be acting for a purpose relating to the administration or enforcement of the Act. In the context of paragraph 231.1(1)(a), that purpose is verifying

excéderait la réparation sollicitée s'il fallait qu'elle vise également la production des analyses connexes. Ainsi, les motifs qui suivent abordent seulement la question de la production de cette partie des DPDF de BP Canada qui consigne les positions fiscales incertaines de cette dernière.

- *La norme de contrôle*

[56] L'interprétation par le juge de la Cour fédérale du paragraphe 231.1(1) de la Loi, lorsqu'il a rendu l'ordonnance faisant l'objet de l'appel, soulève une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte, tandis que son application de la disposition en litige soulève une question mixte de droit et de fait qui commande la déférence dans la mesure où il n'est pas possible d'isoler une question de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, paragraphes 8 et 36).

- *L'interprétation du paragraphe 231.1(1) de la Loi*

[57] Comme dans tous les cas semblables, il faut interpréter les termes de la disposition, en l'occurrence le paragraphe 231.1(1), dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, paragraphe 20).

[58] Je suis d'accord avec le juge de la Cour fédérale pour dire que le paragraphe 231.1(1) n'aurait pu être libellé en termes plus généraux. Selon le sens ordinaire des mots qui y sont employés, sont accessibles les documents « qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi ».

[59] Aux termes de la disposition liminaire du paragraphe 231.1(1), le ministre, pour invoquer ces termes généraux, doit agir pour l'application et l'exécution de la Loi. Ainsi, pour que s'applique l'alinéa 231.1(1)a), il doit agir aux fins de vérification du respect de la Loi.

compliance with the Act. In the present case, the Minister has made clear that the purpose is to seek access to BP Canada's uncertain tax positions. The Minister wants to use these positions as a roadmap in order to facilitate audits conducted under the Act. Based on a literal reading of the introductory words, this looks like an authorized purpose.

[60] Once it is shown that the Minister is acting for an authorized purpose, one of three demonstrations must be made in order to trigger the application of paragraph 231.1(1)(a). Either the document or the part thereof being sought: (1) is part of, or is in, the "books and records of the taxpayer"; (2) "relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer"; or (3) "relates or may relate ... to any amount payable by the taxpayer under [the] Act."

[61] On a plain reading, the parts of BP Canada's Tax Reserve Papers which reflect its uncertain tax positions can be shown to meet the second and third tests. Although the uncertain tax positions were not recorded by reason of any obligation arising under the Act, it remains that they "[relate] or may relate" to information that is in the books or records of BP Canada, if only because they were quantified on the basis of information that can be found in those books or records. As well, the reference to "any document ... that relates or may relate" to information that can be found in the books or records kept under the Act necessarily comprises documents other than those that are required to be kept under the Act.

[62] As to the third test, the simple fact that access to BP Canada's uncertain tax positions may allow taxable amounts to be identified provides a connection with the amounts payable by BP Canada under the Act.

[63] The appellant proposes a different reading. It submits that subsection 231.1(1) must be read with subsection 230(1) which deals with the obligation to

En l'espèce, le ministre a clairement indiqué vouloir obtenir les documents sur les positions fiscales incertaines de BP Canada en vue d'orienter et de faciliter ses vérifications en vertu de la Loi. Selon une interprétation littérale de la disposition liminaire, ceci semble être une fin autorisée.

[60] Dès lors que le ministre démontre qu'il agit à des fins autorisées, il faut qu'il soit satisfait à l'une de trois conditions pour que l'alinéa 231.1(1)a) s'applique. Ainsi, les documents ou parties des documents sollicités, selon le cas, 1) figurent dans les « livres et registres d'un contribuable » ou 2) « se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer » soit 3) « à tout montant payable par le contribuable en vertu de la [...] Loi ».

[61] Suivant le sens ordinaire des mots employés dans la disposition, on peut dire que les parties des DPDF de BP Canada qui énoncent ses positions fiscales incertaines satisfont aux deuxième et troisième critères. Même si les positions fiscales incertaines n'ont pas été consignées en exécution d'une obligation découlant de la Loi, il demeure que les documents qui les contiennent « se rapportent ou peuvent se rapporter » aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres de BP Canada, si ce n'est que parce que les calculs qui y sont présentés sont fondés sur des renseignements qui se trouvent dans ces livres ou registres. De plus, par l'expression « tous documents [...] qui se rapportent ou peuvent se rapporter » à des renseignements qui figurent dans les livres ou registres tenus conformément à la Loi, il faut nécessairement entendre les documents autres que ceux qui doivent être tenus en application de la Loi.

[62] Quant au troisième critère, le simple fait que la communication des positions fiscales incertaines de BP Canada pourrait permettre de révéler des sommes impossibles concerne les montants payables par BP Canada en vertu de Loi.

[63] L'appelante propose une interprétation différente. Selon elle, il faut interpréter le paragraphe 231.1(1) à la lumière du paragraphe 230(1), qui traite de l'obligation

keep books and records. When so read, the word “information” in paragraph 231.1(1)(a) necessarily means “facts”, and these can only be objective facts that are relevant in determining a taxpayer’s liability under the Act. Specifically, “subjective opinions as to which of its interpretative conclusions the Minister may dispute ... are not facts that are relevant in determining [BP Canada’s] taxable income or its tax liability” (BP Canada’s memorandum, paragraph 69(b)).

[64] There are problems with the reading proposed by the appellant. Paragraph 231.1(1)(a) provides access to facts as the appellant contends, but also to information. The word “information” as it appears in paragraph 231.1(1)(a) is unqualified. As was stated by this Court with respect to the use of the same word in section 231.2, “information” includes knowledge (*Tower*, at paragraph 20) and knowledge can be both objective and subjective. In any event, this debate seems futile as it is a fact, and an objective one at that, that BP Canada views the positions identified in its Tax Reserve Papers as uncertain.

[65] Beyond this, the appellant’s argument does not address the second test set out in paragraph 231.1(1)(a) which, as explained, permits access to the parts of BP Canada’s Tax Reserve Papers that reveal its uncertain tax positions because these documents relate to information that is or should be in its books and records (see paragraph 62, above). As to the third test, the key words are “relates or may relate to ... any amounts payable” not “relevant to the determination of any amounts payable” as the appellant would have it. As noted, this necessarily extends to documents reflecting information that can assist in identifying amounts payable under the Act.

[66] This language, read on its own, gives the Minister access to any documented information that can assist in carrying out auditing functions. BP Canada’s uncertain

de tenir des registres et des livres comptables. Suivant cette interprétation, le terme « renseignements » qui figure à l’alinéa 231.1(1)a doit nécessairement être assimilé à des « faits », et ces derniers s’entendent seulement de faits objectifs servant à déterminer la responsabilité fiscale d’un contribuable en vertu de la Loi. Plus précisément, [TRADUCTION] « les opinions subjectives portant sur celles des conclusions interprétatives auxquelles le ministre est susceptible de s’opposer [...] ne constituent pas des faits servant au calcul du revenu imposable de [BP Canada] ou sa dette fiscale » (mémoire de BP Canada, paragraphe 69(b)).

[64] L’interprétation proposée par l’appelante pose problème. L’alinéa 231.1(1)a prévoit l’accès aux faits, comme l’affirme l’appelante, mais aussi l’accès aux renseignements. Le terme « renseignements » n’est pas qualifié à cette disposition. Ainsi que la Cour le dit à propos de ce terme, qui figure également à l’article 231.2, « renseignement » s’entend des éléments d’information dont on a connaissance (*Tower*, paragraphe 20), qui peuvent être objectifs ou subjectifs. Quoi qu’il en soit, ce débat semble futile, car c’est un fait — objectif de surcroît — que BP Canada considère comme incertaines les positions fiscales consignées dans ses DPDF.

[65] En outre, l’argument de l’appelante n’aborde pas le deuxième critère énoncé à l’alinéa 231.1(1)a, qui, comme nous l’expliquons, permet la communication des parties des DPDF de BP Canada qui énoncent ses positions fiscales incertaines parce que ces documents se rapportent aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres ou qui devraient y figurer (voir le paragraphe 62). Quant au troisième critère, les termes porteurs sont « se rapportent ou peuvent se rapporter [...] à tout montant payable » et non [TRADUCTION] « servant au calcul de tout montant payable », suivant l’interprétation proposée par l’appelante. Comme il est mentionné, ces mots couvrent nécessairement les documents sur lesquels figurent des renseignements qui permettront de mettre le doigt sur tout montant payable en vertu de la Loi.

[66] Suivant ce libellé, si on interprète la disposition en vase clos, le ministre a accès à tout renseignement susceptible de l’aider à exercer ses fonctions de vérification.

tax positions can certainly be viewed as coming within this description. This, however, does not settle the debate.

[67] The issue in this case is not whether the information revealed by BP Canada's Tax Reserve Papers could be accessible under the Act. After all, everyone is agreed that it is, if required, in order to respond to a specific inquiry made in the context of an audit. The disclosure of the redacted version of BP Canada's Tax Reserve Papers in response to the query made about the accounting entries attests to this (see paragraphs 11 and 12, above). The real issue is whether subsection 231.1(1) allows general and unrestricted access to this information, if this is indeed what was sought and authorized in this case.

- *What was sought and authorized?*

[68] CPA Canada has intervened because of its belief that the decision under appeal does authorize general and unrestricted access to BP Canada's Tax Reserve Papers. The appellant shares that view insisting that the concerns advanced by the auditor in order to justify the need to access these papers were all addressed during the course of the audit.

[69] The Federal Court Judge did not discuss the circumstances which led the Minister to bring the application before him. These must be reviewed in order to understand what his decision stands for.

[70] The record reveals that the auditor began the 2005 audit by conducting a review of various issues identified by using conventional auditing techniques. A series of inquiries led to a request for the "original supporting working papers" for specified entries in a particular account under review. The source documents to be produced in response to this query were BP Canada's Tax Reserve Papers (see paragraph 9, above).

[71] BP Canada agreed to give the auditor a redacted version of its Tax Reserve Papers which showed the

On peut certainement croire que les positions fiscales incertaines de BP Canada sont visées par cette description. Or, le débat n'est pas clos pour autant.

[67] La question en l'espèce ne consiste pas à savoir si les renseignements contenus dans les DPDF de BP Canada peuvent être communiqués en vertu de la Loi. Après tout, il est acquis aux débats que c'est le cas, si les renseignements sont exigés dans le cadre d'une demande précise faite aux fins de vérification. La communication de la copie caviardée des DPDF de BP Canada en réponse à la demande portant sur les entrées en témoigne (voir les paragraphes 11 et 12 ci-haut). La véritable question est celle de savoir si le paragraphe 231.1(1) permet l'accès général et illimité à ces renseignements, dans la mesure où un tel accès a bel et bien été sollicité et autorisé en l'espèce.

- *Nature de la mesure sollicitée et autorisée*

[68] CPA Canada intervient en l'espèce, car elle estime que la décision portée en appel autorise l'accès général et illimité aux DPDF de BP Canada. L'appelante partage cet avis et insiste sur le fait qu'elle avait répondu pendant la vérification à l'ensemble des préoccupations soulevées par la vérificatrice pour justifier la demande visant ces DPDF.

[69] Le juge de la Cour fédérale n'a pas abordé les circonstances ayant mené à la demande du ministre. Il faut les examiner pour saisir la portée de sa décision.

[70] Selon le dossier, la vérificatrice a entrepris la vérification pour l'année d'imposition 2005 en procédant à un examen des diverses questions en usant des techniques courantes de vérification. Des questions soulevées ont fondé une demande visant les [TRADUCTION] « documents de travail originaux » éayant certaines entrées dans un compte donné faisant l'objet de la vérification. Les documents devant être produits en réponse à cette demande étaient les DPDF de BP Canada (voir le paragraphe 9).

[71] BP Canada a accepté de transmettre à la vérificatrice une copie caviardée de ses DPDF énonçant

“tax at risk” amounts associated with its uncertain tax positions. This satisfied the auditor’s initial concern. However, the “tax at risk” amounts were such that the issue “evolved into something bigger” (appeal book, Vol. III, page 300, lines 4–10). The auditor observed that the “tax at risk” amounts were “materially bigger” than those which were proposed to be added to BP Canada’s income for the year (appeal book, Vol. II, page 57, paragraph 28 and appeal book, Vol. III, page 283, lines 19–27). As a result, a decision was made to seek the disclosure of the uncertain tax positions which gave rise to the “tax at risk” amounts for 2005 (appeal book, Vol. III, page 282, lines 3–9 and page 283, lines 2–6). The redacted Tax Reserve Papers provided for 2006 and 2007 reflect “tax at risk” amounts that exceed those disclosed for 2005 (appeal book, Vol. V, pages 774, 779 and 786).

[72] I am not at liberty to identify the “tax at risk” amounts, because this information is protected by a publication ban issued by the Federal Court, which is binding on this Court (subsection 152(3) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106). It suffices to say that the gap between these amounts and those proposed to be assessed is such that one can understand why the auditor, after coming upon this information, would have felt justified to insist on the production of BP Canada’s uncertain tax positions.

[73] However, as it turned out, this became a non-issue as BP Canada was able to demonstrate that the situation was the opposite of what it appeared to be, i.e., BP Canada’s “tax at risk” amounts were actually much smaller than the amounts underlying the auditor’s risk assessment (appeal book, Vol. V, page 748).

[74] The record further reveals that when apprised of this demonstration, the auditor commended BP Canada for making it available, but took the position that BP Canada’s Tax Reserve Papers had to be produced whether or not the “tax at risk” amounts were a cause for concern (appeal book, Vol. II, pages 167–176). Therefore, the auditor insisted on compliance in order

les montants de « l’impôt à risque » associés aux positions fiscales incertaines. La communication a permis de répondre à la première préoccupation exprimée par la vérificatrice. Cependant, les montants de « l’impôt à risque » s’étant révélés surprenants, l’affaire [TRADUCTION] « a pris de l’ampleur » (dossier d’appel, vol. III, page 300, lignes 4 à 10). Selon la vérificatrice, ils étaient « substantiellement supérieurs » à ceux qui devaient être ajoutés au revenu de BP Canada pour l’année (dossier d’appel, vol. II, page 57, paragraphe 28 et dossier d’appel, vol. III, page 283, lignes 19 à 27). Par conséquent, la communication des positions fiscales incertaines sous-tendant les montants de « l’impôt à risque » pour l’année 2005 a été demandée (dossier d’appel, vol. III, page 282, lignes 3 à 9 et page 283, lignes 2 à 6). Les copies caviardées des DPDF pour 2006 et 2007 présentent des chiffres supérieurs à ceux communiqués à l’égard de l’année 2005 (dossier d’appel, vol. V, pages 774, 779 et 786).

[72] Je ne suis pas en mesure de révéler les montants de « l’impôt à risque », ce renseignement étant visé par une ordonnance de non-publication rendue par la Cour fédérale et liant notre Cour (*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, paragraphe 152(3)). Il suffit de dire que l’écart entre les chiffres transmis et ceux qui devaient servir à l’établissement de la cotisation était tel que l’on comprend pourquoi la vérificatrice, après être tombée sur ce renseignement, croyait pouvoir à bon droit exiger la production des documents sur les positions fiscales incertaines de BP Canada.

[73] Or, cette question ne se pose plus, BP Canada ayant pu démontrer l’inverse, c’est-à-dire que les montants de « l’impôt à risque » étaient en fait bien inférieurs à ceux utilisés par la vérificatrice dans les calculs d’évaluation du risque (dossier d’appel, vol. V, page 748).

[74] En outre, selon le dossier, après avoir pris connaissance de la démonstration, la vérificatrice a loué BP Canada de l’avoir communiquée, mais a soutenu que les DPDF de BP Canada devaient être produits, que les montants de « l’impôt à risque » constituent ou non une source de préoccupation (dossier d’appel, vol. II, pages 167 à 176). La vérificatrice a donc exigé que BP

to complete the 2005 audit. Similar requests were made for the 2006 and 2007 taxation years. The auditor made it clear that these requests were made in order to make the conduct of the audits for those years more cost efficient and confirmed that similar requests would be made for future years (appeal book, Vol. III, page 307, lines 10–14). As noted, requests have since been issued for 2008, 2009 and 2010.

[75] During the hearing, counsel for the Minister insisted that the auditor did not start out asking for production of the TAWPs. Rather, the auditor raised legitimate questions which led to the production of BP Canada's Tax Reserve Papers showing the "tax at risk" amounts. This in turn led to other questions which culminated with a formal request for the production of those parts of BP Canada's Tax Reserve Papers which identified its uncertain tax positions.

[76] That is a fair depiction of what transpired so far as it goes. However, as explained, the auditor continued to insist on compliance with the request after all these legitimate concerns had been addressed. Focusing on the last concern—i.e. the magnitude of the disparity between BP Canada's "tax at risk" amounts and those identified in the auditor's risk assessment—I agree that the auditor did not verify the analysis prepared by BP Canada in response, given the stated belief that BP Canada's uncertain tax positions had to be produced regardless of what this analysis showed. However, the fact that BP Canada's analysis effectively puts this concern to rest cannot be questioned as the analysis is part of the record (appeal book, Vol. V, page 748) and the Minister has not seen fit to challenge it nor the conclusion which BP Canada draws from it (appeal book, Vol. V, page 751).

[77] Counsel for the Minister further argued that the uncertain tax positions identified by BP Canada's Tax Reserve Papers should be viewed as aggressive positions which called for further inquiry because they were all "risked at 100%" (appeal book, Vol. IV, pages 671

Canada obtempère pour lui permettre de terminer la vérification pour l'année 2005. Des demandes semblables ont été présentées à l'égard des années d'imposition 2006 et 2007. La vérificatrice a précisé que les demandes avaient pour objet de favoriser l'efficacité des vérifications à l'égard des années mentionnées et a confirmé que d'autres demandes viseraient des années ultérieures (dossier d'appel, vol. III, page 307, lignes 10 à 14). Comme il est indiqué précédemment, des demandes ont été présentées depuis à l'égard des années 2008, 2009 et 2010.

[75] À l'audience, l'avocat du ministre a insisté sur le fait que la vérificatrice n'avait pas commencé par exiger la production des DTIC. Elle a plutôt soulevé des questions légitimes qui ont mené à la production des DPDF de BP Canada sur lesquels figuraient les montants de l'« impôt à risque ». Ces derniers ont soulevé d'autres interrogations, qui ont abouti à une demande formelle visant la production des parties DPDF de BP Canada qui révèlent ses positions fiscales incertaines.

[76] Jusque-là, il s'agit là d'une image fidèle des faits. Or, comme je l'ai expliqué, la vérificatrice a exigé que l'on accède à la demande lors même que les préoccupations légitimes n'existaient plus. Si je n'envisage que la dernière préoccupation — c'est-à-dire l'écart considérable entre les montants de « l'impôt à risque » de BP Canada et ceux ayant servi à l'évaluation des risques préparée par la vérificatrice — je conviens que la vérificatrice n'a pas vérifié l'analyse préparée par BP Canada en réponse à la demande, car elle avait affirmé que BP Canada était tenue de communiquer ses positions fiscales incertaines, sans égard au résultat de l'analyse. Toutefois, on ne peut mettre en doute le fait que l'analyse effectuée par BP Canada a effectivement permis de répondre à cette préoccupation, étant donné que l'analyse fait partie du dossier (dossier d'appel, vol. V, page 748) et que le ministre n'a pas jugé bon de contester ni l'analyse ni la conclusion qu'en tire BP Canada (dossier d'appel, vol. V, page 751).

[77] L'avocat du ministre a également fait valoir que les positions fiscales incertaines consignées dans les DPDF de BP Canada devaient faire l'objet d'analyses plus poussées, en raison de leur nature agressive, le degré de risque de chacune étant évalué à « 100 % » (dossier d'appel,

and 673). However, as explained during the hearing, there is no correlation between this percentage and the soundness of the position to which it relates. The optimization of the reserves simply reflects a conservative approach to financial reporting. This explains why the auditor did not see this as a concern.

[78] Therefore, we are left with a request for the production of BP Canada's Tax Reserve Papers with respect to which a compliance order was sought and obtained on the sole basis that these papers are compellable under the Act "without restriction" (reasons, paragraph 29; appeal book, Vol. III, page 349, lines 11–14).

[79] The Federal Court Judge's decision is the first one that authorizes the Minister to resort to the power under subsection 231.1(1) in order to obtain general access to TAWPs without advancing any particular justification for their production. Should it stand, BP Canada will be required to routinely turn over to the Minister its uncertain tax positions every year from this point on and the Minister will be authorized to place the same demand on all taxpayers who, by law, are required to maintain TAWPs. Indeed, the Minister would be hard-pressed not to do so, given the Federal Court Judge's conclusion that his decision applies equally to all taxpayers who maintain TAWPs (reasons, paragraph 46).

[80] In my view, subsection 231.1(1), properly interpreted, does not make papers such as these compellable "without restriction". When one examines the context and purpose of subsection 231.1(1), it is clear that Parliament intended that the broad power set out in subsection 231.1(1) be used with restraint when dealing with TAWPs. It follows that the decision of the Federal Court Judge must be set aside.

- *Self-assessment vs self-audit*

[81] An important part of the context surrounding subsection 231.1(1) is the notion of self-assessment which is at the root of the compliance system put in place under the Act. The system is one of self-assessment

vol. IV, pages 671 et 673). Toutefois, tel qu'expliqué à l'audience, il n'existe pas de corrélation entre ce pourcentage et la viabilité de la position à laquelle il renvoie. La maximisation des provisions témoigne seulement d'une démarche conservatrice en matière d'information financière. C'est pourquoi la vérificatrice n'a pas conclu qu'il s'agissait d'une source de préoccupation.

[78] Par conséquent, nous sommes en présence d'une demande visant la production des DPDP de BP Canada à l'égard de laquelle une ordonnance a été sollicitée et autorisée au seul motif que la communication de ces documents peut être exigée « sans restriction » en vertu de la Loi (motifs, paragraphe 29; dossier d'appel, vol. III, page 349, lignes 11 à 14).

[79] La décision du juge de la Cour fédérale est la première à autoriser le ministre à s'en remettre au paragraphe 231.1(1) pour obtenir l'accès général à des DTIC sans avoir à invoquer un motif particulier pour en justifier leur production. Si cette décision est confirmée, BP Canada sera dorénavant tenue de communiquer ses positions fiscales incertaines au ministre de façon routinière chaque année, et le ministre sera habilité à l'exiger de tous les contribuables légalement tenus de conserver de tels documents. Le ministre pourrait difficilement faire autrement, vu la conclusion du juge de la Cour fédérale selon laquelle sa décision est applicable à tous les contribuables qui tiennent de tels documents (motifs, paragraphe 46).

[80] À mon avis, le paragraphe 231.1(1), s'il est bien interprété, ne permet pas la communication « sans restriction » de ce genre de documents. À en juger par le contexte et l'objet de la disposition, le législateur entendait manifestement que les vastes pouvoirs qu'elle confère soient exercés avec retenue lorsqu'il s'agit de DTIC. Il s'ensuit que la décision du juge de la Cour fédérale doit être annulée.

- *Auto-cotisation et auto-vérification*

[81] La notion d'auto-cotisation, qui est à la base du système mis en place pour assurer le respect de la Loi, constitue un pan important du contexte entourant le paragraphe 231.1(1). Ce système est fondé sur le

because the person who generates income is best positioned to identify, compute and report the amounts that are subject to tax under the Act.

[82] However, this obligation to “self-assess” does not require taxpayers to tax themselves on amounts which they believe not to be taxable. Faced with an issue that is reasonably open to debate—I emphasize this point insisting on the fact that the case law is replete with decisions which illustrate the coexistence of arguable issues on both sides of the debate—taxpayers are entitled to file their tax return on the basis most favourable to them. This explains why auditors in conducting audits must engage in extensive poke-and-check exercises, and are essentially left to their own initiative in verifying the amounts reported by the taxpayer. To be clear, although auditors are entitled to be provided with “all reasonable assistance” in performing their audits (paragraph 231.1(1)(d) of the Act), they cannot compel taxpayers to reveal their “soft spots”.

[83] While this is an unwritten rule without clearly defined boundaries, it certainly stands against any construction of the Act that would allow the Minister to compel a taxpayer to self-audit on an ongoing basis.

[84] The Federal Court Judge did not believe that his order imposed on BP Canada an ongoing obligation to self-audit. He explained that he did not order BP Canada to prepare documents listing its uncertain tax positions, but to turn over existing ones which reflect this information (reasons, paragraph 24).

[85] With respect, this is a distinction without a difference. BP Canada has no choice but to document its uncertain tax positions annually and the Federal Court Judge has confirmed the Minister’s access to these documents through legal compulsion every year from 2005 onwards. However one looks at the matter, the decision of the Federal Court Judge allows the Minister to compel BP Canada to self-audit.

principe de l’auto-cotisation, car la personne qui génère le revenu est la mieux placée pour consigner, calculer et déclarer les sommes assujetties à l’impôt conformément à la Loi.

[82] Or, l’obligation d’auto-cotisation n’exige pas du contribuable qu’il assujettisse à l’impôt des sommes qu’il estime non imposables. Aux prises avec une question raisonnablement discutable — et j’insiste sur cet aspect en soulignant le fait que la jurisprudence est truffée de décisions qui illustrent la coexistence de questions ouvertes à plusieurs interprétations — le contribuable a le droit d’opter, dans sa déclaration de revenu, pour l’hypothèse qui lui est la plus avantageuse. C’est pourquoi les vérificateurs doivent procéder à une foule de contrôles et ne peuvent compter essentiellement que sur leur propre initiative lorsqu’ils vérifient les sommes déclarées par le contribuable. Certes, même si les vérificateurs ont droit à « toute l’aide raisonnable » pour leur permettre de procéder à la vérification (Loi, alinéa 231.1(1)d), ils ne peuvent contraindre les contribuables à révéler leurs « points faibles ».

[83] Bien qu’il s’agisse d’une règle non écrite aux paramètres flous, elle joue certainement pour empêcher une interprétation de la Loi qui habiliterait le ministre à contraindre un contribuable à procéder à l’auto-vérification de façon régulière et continue.

[84] Le juge de la Cour fédérale n’estimait pas que son ordonnance avait pour effet d’obliger BP Canada à procéder à l’auto-vérification de façon régulière et continue. Il a expliqué qu’il ordonnait à la société, non pas de préparer des documents énonçant ses positions fiscales incertaines, mais de communiquer les documents qu’elle avait déjà préparés à cet effet (motifs, paragraphe 24).

[85] Soit dit en tout respect, c’est là une distinction qui n’en est pas une. BP Canada est tenue de constater ses positions fiscales incertaines chaque année, et le juge de la Cour fédérale a confirmé que le ministre y a accès, par contrainte légale, pour chaque année à compter de 2005. Quel que soit l’éclairage, la décision du juge de la Cour fédérale permet au ministre de contraindre BP Canada à procéder à l’auto-vérification.

- *The impact on financial reporting*

[86] Another part of the context surrounding subsection 231.1(1) is the existence of financial reporting obligations under provincial securities legislation. These impose on publicly-traded corporations and their subsidiaries a disclosure obligation to ensure that the financial statements they issue for public consumption are reliable and accurately reflect their financial situation. By enacting subsection 231.1(1), Parliament could not have intended to vest the Minister with a power so sweeping that it would undermine those obligations. The Federal Court Judge erred in finding that these concerns were not relevant to the matter before him (reasons, paragraph 29).

[87] In this respect, the intervener asserts that general and unrestricted access to TAWPs, if authorized, would be “in direct confrontation with the CPAs’ ability to perform financial statement audits because they may not have access to all the required information” (intervener’s memorandum, paragraph 49). Specifically, publicly-traded corporations would, as a direct consequence, tend to refrain from documenting issues for their external auditors and be less candid in disclosing their tax risks (intervener’s memorandum, paragraphs 33–38). Inducing less disclosure of tax risks to auditors is detrimental to Canadians, be they individuals, corporations or governments, as it necessarily results in less protection by reason of the decreased reliability of financial statements.

[88] The Minister takes issue with the intervener’s contention that the general and unrestricted access to TAWPs authorized by the Federal Court Judge will have a negative impact on financial reporting. The Minister invites us to consider the U.S. experience which shows that ongoing access to TAWPs by the IRS [Internal Revenue Service] has had no such effect.

[89] The Minister first refers to *Arthur Young* where the U.S. Supreme Court refused to recognize an accountant-client privilege with respect to TAWPs. In

- *L’incidence sur l’information financière*

[86] Les obligations relatives à l’information financière qu’impose la législation provinciale en matière de valeurs mobilières constituent un autre pan du contexte entourant le paragraphe 231.1(1). Les sociétés cotées en bourse et leurs filiales sont tenues par la loi de publier des états financiers fiables qui constituent un reflet fidèle de leur situation financière. Le législateur ne peut avoir eu l’intention, par le truchement de cette disposition, de conférer au ministre un pouvoir si étendu qu’il compromettrait le respect de ces obligations. Le juge de la Cour fédérale a conclu à tort que pareilles préoccupations n’intervenaient pas dans l’analyse de la question à trancher (motifs, paragraphe 29).

[87] À cet égard, l’intervenante fait valoir que la décision de permettre l’accès général et illimité aux documents comptables irait [TRADUCTION] « directement à l’encontre de la faculté pour CPA de procéder à la vérification d’états financiers, car ses membres risquent de ne pas disposer de tous les renseignements » (mémoire de l’intervenante, paragraphe 49). Plus précisément, il se peut que, par conséquent, les sociétés cotées en bourse ne constatent plus par écrit certains points à l’intention des vérificateurs externes et se montrent moins disposées à communiquer à ces derniers leurs risques fiscaux (mémoire de l’intervenante, paragraphes 33 à 38). Gêner la communication des risques fiscaux aux vérificateurs n’est pas dans l’intérêt des Canadiens, qu’il s’agisse de particuliers, de sociétés ou de l’État, car cela aboutit nécessairement à une protection amoindrie, la fiabilité des états financiers étant elle-même amoindrie.

[88] Le ministre n’est pas d’accord avec l’intervenante pour dire que l’accès général et illimité aux DTIC autorisé par le juge de la Cour fédérale nuira à l’information financière. Le ministre nous invite à prendre état de l’expérience américaine, qui, de son avis, démontre que l’accès continu de l’IRS [Internal Revenue Service] à ce type de documents n’a pas eu d’effet négatif.

[89] Le ministre mentionne d’abord l’arrêt *Arthur Young*, dans lequel la Cour suprême des États-Unis a refusé de reconnaître que les DTIC étaient protégés par

deciding against the recognition of such a privilege, the U.S. Supreme Court observed that the integrity of the securities markets would not suffer, highlighting the fact that the obligation vested on independent auditors to serve the public interest assures that integrity will be preserved (*Arthur Young*, at pages 818–821). The Minister invites us to make the same observation in this case.

[90] However, the Minister fails to note that *Arthur Young* dealt with an audit which turned into a criminal investigation when a questionable payment came to light. That is the context in which a summons was issued against Arthur Young to compel the production of the TAWPs that were relevant to the payment under investigation.

[91] One can easily see why the U.S. Supreme Court did not believe that allowing the investigator to have access to the TAWPs, in the context of a criminal investigation into a specific payment, would have a damaging effect on the work of independent auditors generally.

[92] The Minister also relies on the majority decision of the U.S. Court of Appeals for the First Circuit in *Textron* where it was also held that providing access to TAWPs would not suppress the disclosure of information to external auditors.

[93] However, the Minister fails to note that this decision which was rendered in 2009 makes clear that the IRS does not “automatically” request the production of TAWPs. Indeed, it is explained that the IRS only seeks the production of TAWPs where the taxpayer can be shown to have engaged in designated transactions that have been recognized as abusive and that “[o]nly a limited number of transactions have been so designated” (*Textron*, at page 23, footnotes 1 and 2).

[94] Again, one can see why, having regard to this regulated scheme, the majority in *Textron* was satisfied that allowing access to Textron’s TAWPs would not impact negatively on financial reporting generally.

le privilège comptable-client. Ce faisant, la Cour suprême des États-Unis a observé que l’intégrité des marchés des valeurs mobilières n’en souffrirait pas, l’obligation qui incombe aux vérificateurs indépendants de servir l’intérêt public se posant en rempart à cette intégrité (*Arthur Young*, aux pages 818 à 821). Le ministre nous invite à tirer la même conclusion.

[90] Toutefois, le ministre a passé sous silence le fait que, dans l’affaire *Arthur Young*, la vérification avait abouti à une enquête de nature criminelle suite à la découverte d’un paiement douteux. C’est dans ce contexte qu’Arthur Young avait été contraint de produire les DTIC qui concernaient le paiement visé par l’enquête.

[91] On peut aisément comprendre pourquoi la Cour suprême des États-Unis croyait qu’autoriser un enquêteur menant une enquête criminelle sur un paiement donné à consulter les DTIC ne nuirait pas au travail des vérificateurs indépendants en général.

[92] Le ministre invoque également la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel des États-Unis, 1^{er} Circuit, dans l’arrêt *Textron*. Selon eux, permettre l’accès aux DTIC ne générerait pas la communication de renseignements aux vérificateurs indépendants.

[93] Cependant, le ministre omet de mentionner que cette décision, rendue en 2009, précise que l’IRS ne sollicite pas [TRADUCTION] « automatiquement » la production des DTIC. En effet, la Cour d’appel y explique que l’IRS sollicite la production de ces documents dans les seuls cas où l’on peut démontrer que le contribuable a pris part à certaines opérations reconnues comme étant abusives et indique que [TRADUCTION] « [s]eules quelques opérations ont été désignées comme telles » (*Textron*, à la page 23, notes de bas de page 1 et 2).

[94] On peut aisément comprendre pourquoi les juges majoritaires siégeant dans l’affaire *Textron* étaient convaincus, vu le régime réglementaire en question, que permettre l’accès aux DTIC de Textron ne nuirait pas à l’information financière en général.

[95] If anything, the U.S. experience which can be gleaned from these two cases confirms that general and unrestricted access to TAWPs would have a negative impact on financial reporting and impose on taxpayers an obligation which they do not have. The regulated approach referred to in *Textron* speaks to that in clear terms as there is no other explanation for the limits which this system imposes on the IRS' power to access TAWPs (I.R.C. [Internal Revenue Code] §§ 6011 and 6112; Treas. Reg. [Treasury Regulation] § 1.6011-4; Treas. Reg. § 1.6012-2).

[96] I accept the intervener's argument that legislation cannot be construed in a vacuum, and that the legal context, including the laws of the provinces, can inform the use to which subsection 231.1(1) can be put. The Supreme Court addressed the matter as follows in *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, (1998), 155 D.L.R. (4th) 332 in a bankruptcy context (paragraph 64):

Even though bankruptcy is clearly a federal matter, and even though it has been established that the federal Parliament alone can determine distribution priorities, the [Bankruptcy and Insolvency Act] is dependent on provincial property and civil rights legislation in order to inform the terms of the [Bankruptcy and Insolvency Act] and the rights of the parties involved in the bankruptcy. Section 72(1) of the [Bankruptcy and Insolvency Act] contemplates interaction with provincial legislation.

(To the same effect, see *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915, at paragraph 31; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, at paragraph 14.)

[97] I recognize that we are not dealing here with a word in a federal statute which takes its meaning from provincial laws. Rather, we are dealing with a power created under federal legislation that was not intended to ride roughshod over provincial laws. The issue is one of harmonious interpretation: Parliament intended its laws to work with provincial laws, not against them.

[98] Although raising taxes pursuant to subsection 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict.,

[95] Si l'expérience américaine glanée de ces deux arrêts nous enseigne quoi que ce soit, c'est que l'accès général et illimité aux DTIC nuirait à l'information financière et imposerait aux contribuables une obligation qui ne leur échoit pas. C'est ce qui ressort clairement de la démarche réglementée dont il est question dans l'arrêt *Textron*, car il n'y a aucune autre explication justifiant les limites que ce système impose à l'IRS en matière d'accès aux DTIC (I.R.C. [Internal Revenue Code] §§ 6011 et 6112; Treas. Reg. [Treasury Regulation] § 1.6011-4; Treas. Reg. § 1.6012-2).

[96] Je retiens l'argument de l'intervenante selon lequel un texte législatif ne doit pas être interprété en vase clos et que le contexte juridique, qui comprend les lois provinciales, peut éclairer l'objet du paragraphe 231.1(1). La Cour suprême du Canada a fait les remarques suivantes en matière de faillite dans l'arrêt *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, au paragraphe 64 :

Bien que la faillite soit clairement une matière fédérale et bien qu'il ait été établi que seul le législateur fédéral pouvait arrêter l'ordre de priorité en matière de distribution, il faut nécessairement se référer aux lois provinciales en matière de propriété et de droits civils pour définir les termes utilisés dans la [Loi sur la faillite et l'insolvabilité] et les droits des parties impliquées dans la faillite. Le paragraphe 72(1) de la [Loi sur la faillite et l'insolvabilité] prévoit précisément une interaction avec les lois provinciales.

(Voir, au même effet, *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915, au paragraphe 31; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, au paragraphe 14.)

[97] Le présent litige ne porte pas sur un terme figurant dans une loi fédérale qui doit être défini à la lumière de lois provinciales, j'en conviens. Le litige porte plutôt sur un pouvoir issu d'une loi fédérale qui ne devait pas contrecarrer les lois provinciales. La question en est une d'interprétation harmonieuse : le législateur entendait que ses lois s'harmonisent avec les lois provinciales, pas le contraire.

[98] Certes, la perception d'impôts prévue au paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 &

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], is a federal matter, in granting the Minister broad access to documents pursuant to subsection 231.1(1) of the Act, Parliament cannot have intended that this power be used to imperil the integrity of the financial reporting system put in place by the provinces.

[99] I therefore conclude that the Minister cannot invoke subsection 231.1(1) for the purpose of obtaining general and unrestricted access to those parts of BP Canada's Tax Reserve Papers which reveal its uncertain tax positions. In practical terms, this means that the Minister cannot enlist taxpayers who maintain TAWPs to perform the core aspect of audits conducted under the Act.

- *The exercise of discretion*

[100] Given this conclusion, I need not address the question whether the Federal Court Judge properly exercised his discretion in granting the relief claimed by the Minister. However, I believe it useful to address one aspect of this debate as it is intimately connected with the above discussion.

[101] Before the Federal Court Judge, the appellant took the position that even if subsection 231.1(1) of the Act authorizes the Minister to access BP Canada's uncertain tax positions, he should not have ordered this information to be produced because the Minister was seeking a relief that was contrary to published policy.

[102] The Federal Court Judge dismissed this argument based on his reading of the policy. In his view, the Minister, by bringing the application, was "adhering to, and implementing the policy that, without restriction, [TAWPs] are compellable under the *Act*" (reasons, paragraph 29).

[103] With respect, this turns the policy on its head. I agree with the appellant that the policy, as it presently

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], relève de la compétence fédérale. Or, le législateur, en conférant au ministre un accès élargi aux documents par le truchement du paragraphe 231.1(1) de la Loi, ne pouvait vouloir que l'exercice de ce pouvoir mette en péril l'intégrité du système d'information financière mis en place par les provinces.

[99] J'arrive donc à la conclusion que le ministre ne peut s'en remettre au paragraphe 231.1(1) pour obtenir un accès général et illimité aux parties des DPDP de BP Canada qui énoncent les positions fiscales incertaines de cette dernière. Autrement dit, le ministre ne peut enjoindre aux contribuables qui tiennent des DTIC de s'acquitter des aspects fondamentaux des vérifications effectuées en vertu de la Loi.

- *L'exercice du pouvoir discrétionnaire*

[100] Compte tenu de ma conclusion, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si le juge de la Cour fédérale a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la réparation demandée par le ministre. Toutefois, j'estime utile d'aborder un aspect de cette question qui est étroitement lié à l'analyse qui précède.

[101] L'appelante a fait valoir devant le juge de la Cour fédérale que même si le ministre est habilité par le paragraphe 231.1(1) de la Loi à obtenir les documents sur les positions fiscales incertaines de BP Canada, la production de ces renseignements n'aurait pas dû être ordonnée, car le ministre sollicitait une réparation contraire à sa propre politique.

[102] Le juge de la Cour fédérale a rejeté cet argument s'en remettant à son interprétation de la politique. Selon lui, le ministre, en présentant sa demande « adhère à l'idée, et l'applique sans restriction, que les [DTIC] peuvent faire l'objet d'une contrainte à produire en vertu de la Loi » (motifs, paragraphe 29).

[103] Soit dit en tout respect, c'est méconnaître la politique. Je conviens avec l'appelante pour dire que la po-

stands, states that the power to access TAWPs, although available to the Minister, will not be used routinely. This is what the words say (see paragraph 21, above) and when regard is had to the tension which the policy was intended to address, they cannot be read otherwise (appeal book, Vol. IV, pages 469–470, 472–489 and 498–499).

[104] Therefore, the Federal Court Judge erred when he held that the unrestricted and ongoing access to BP Canada's Tax Reserve Papers was consistent with the Minister's policy (reasons, paragraph 29).

[105] For the reasons already expressed, my view is that the policy reflects the very constraint which the Act imposes on the Minister so that the Federal Court Judge had no choice but to adhere to it. If I am wrong in this regard, it remains that the Minister acted in defiance of published policy by seeking routine access to BP Canada's uncertain tax positions.

[106] Given the public interest imperative behind this policy, the Federal Court Judge ought not to have exercised his discretion in favour of granting this remedy.

DISPOSITION

[107] For these reasons, I would allow the appeal with costs, and giving the order which the Federal Court Judge should have given, I would dismiss the application brought by the Minister pursuant to subsection 231.7(1) of the Act, with costs.

STRATAS J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

APPENDIX

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

Records and books

230 (1) Every person carrying on business and every person who is required, by or pursuant to this Act, to pay

litique actuelle prévoit que, si le ministre est habilité à obtenir les DTIC, il ne peut exercer ce pouvoir de façon routinière. C'est ce que dit la politique (voir le paragraphe 21), et vu la tension à laquelle elle devait remédier, son libellé ne saurait mener à une autre interprétation (dossier d'appel, vol. IV, pages 469 et 470, 472 à 489 et 498, 499).

[104] Par conséquent, le juge de la Cour fédérale a conclu à tort que l'accès illimité, régulier et continu aux DPDF de BP Canada était conforme à la politique du ministre (motifs, paragraphe 29).

[105] Pour les motifs exposés précédemment, je suis d'avis que la politique reflète les limites que la Loi impose au ministre. Le juge de la Cour fédérale ne pouvait faire autrement que de la respecter. Si j'ai tort à cet égard, il demeure que le ministre a agi en contradiction à sa propre politique en sollicitant l'accès aux documents sur les positions fiscales incertaines de BP Canada de façon routinière.

[106] Cette politique ayant été adoptée dans l'intérêt public, le juge de la Cour fédérale n'aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder la réparation.

DISPOSITION

[107] J'accueillerais l'appel avec dépens et, rendant l'ordonnance que le juge de la Cour fédérale aurait dû rendre, je rejetterais la demande présentée par le ministre en vertu du paragraphe 231.7(1) de la Loi, et ce avec dépens.

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

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

ANNEXE

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

Livres de comptes et registres

230 (1) Quiconque exploite une entreprise et quiconque est obligé, par ou selon la présente loi, de payer ou de

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

...

Inspections

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

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

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

and for those purposes the authorized person may

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

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

...

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

[...]

Enquêtes

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

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

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

à ces fins, la personne autorisée peut :

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

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

[...]

Requirement to provide documents or information

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

- (a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or
- (b) any document.

...

Compliance order

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

- (a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and
- (b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

...

Definitions

232 (1) In this section,

...

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

Production de documents ou fourniture de renseignements

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

- a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;
- b) qu'elle produise des documents.

[...]

Ordonnance

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

- a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;
- b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

[...]

Définitions

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

[...]

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

any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication. (*privilège des communications entre client et avocat*)

...

Examination of certain documents where privilege claimed

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

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

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

Federal Courts Rules, SOR/98-106

Marking of confidential material

152 (1) Where the material is required by law to be treated confidentially or where the Court orders that material be treated confidentially, a party who files the material shall separate and clearly mark it as confidential, identifying the legislative provision or the Court order under which it is required to be treated as confidential.

...

Order to continue

(3) An order made under subsection (1) continues in effect until the Court orders otherwise, including for the duration of any appeal of the proceeding and after final judgment.

comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature. (*solicitor-client privilege*)

[...]

Secret professionnel invoqué lors de l'examen de documents

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

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

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

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106

Identification des documents confidentiels

152 (1) Dans le cas où un document ou un élément matériel doit, en vertu d'une règle de droit, être considéré comme confidentiel ou dans le cas où la Cour ordonne de le considérer ainsi, la personne qui dépose le document ou l'élément matériel le fait séparément et désigne celui-ci clairement comme document ou élément matériel confidentiel, avec mention de la règle de droit ou de l'ordonnance pertinente.

[...]

Durée d'effet de l'ordonnance

(3) L'ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) demeure en vigueur jusqu'à ce que la Cour en ordonne autrement, y compris pendant la durée de l'appel et après le jugement final.

[***]
2017 FC 136

[***]
2017 CF 136

[***] [***]

[***] [***]

[***]

[***]

[***] [***]

[***] [***]

INDEXED AS: X (RE)

RÉPERTORIÉ : X (RE)

Federal Court, Noël J.—Ottawa, [***] and [***].

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, [***] et [***].

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

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

Security Intelligence — Disclosure of information — Human sources — Application seeking to clarify procedure when Government claiming that privilege pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, s. 18.1 applying in an in camera, ex parte proceeding — Class privilege applying to facts involving Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human source — Remaining issue whether redacted information produced to designated judge may be viewed in unredacted form by Court, Opposing Counsel, designated judge only, or not at all — Opposing Counsel, Government Counsel arguing respectively, inter alia, s. 18.1 must be interpreted strictly, literally; s. 18.1 having to be interpreted in way permitting designated judge to perform role as independent adjudicator — CSIS human source privilege not applicable to designated judges — Allowing designated judge to review unredacted information striking balance between s. 18.1 intent, Charter, s. 7 rights of CSIS human sources, designated judge’s statutory duties — Designated judge not counsel for Government’s litigation opponent — Section 18.1 must be interpreted in manner allowing designated judge to perform duties as independent adjudicator — CSIS having elevated duty of candour towards designated judges — S. 18.1 not barring designated judge from receiving information regarding CSIS human source — Strict, literal interpretation of s. 18.1 would compromise fairness, justice.

Renseignement de sécurité — Divulguſion de renseignements — Sources humaines — Demande visant à préciser la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l’application d’un privilège en vertu de l’art. 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité dans le cadre d’une instance in camera, ex parte devant la Cour — Un privilège générique s’applique aux faits concernant une source humaine du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) — Il restait à savoir si les informations caviardées soumises au juge désigné peuvent être lues sous leur forme non caviardée soit par la Cour et les avocats adverses, soit par le juge désigné seulement, soit par ni l’un ni l’autre — Les avocats adverses et les avocats du gouvernement ont soutenu respectivement, entre autres, que l’art. 18.1 doit être interprété de manière stricte et littérale et que l’art. 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné d’exercer son rôle d’arbitre indépendant — Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS ne s’applique pas aux juges désignés — Le fait de permettre au juge désigné d’examiner les informations non caviardées établit un juste équilibre entre l’intention du législateur quant à l’art. 18.1, les droits garantis aux sources humaines du SCRS par l’art. 7 de la Charte et les fonctions judiciaires globales du juge désigné — Le juge désigné n’est pas la partie adverse des avocats du gouvernement — L’art. 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné de s’acquitter de ses fonctions à titre d’arbitre indépendant — Les avocats du SCRS ont une lourde obligation de franchise envers les juges désignés — L’art. 18.1 n’interdit pas de signifier au juge des informations relatives à une source humaine du SCRS — Une interprétation stricte et littérale de l’art. 18.1 compromettrait les principes de l’équité et de la justice.

This was an application seeking to clarify the proper procedure to be followed when the Government claims that a

Il s’agissait d’une demande visant à préciser la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l’application d’un

privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) applies in an *in camera*, *ex parte* proceeding.

In *Canada (Attorney General) v. Almalki*, the Federal Court of Appeal determined that a class privilege applies to the facts involving a CSIS human source in the present case. The only remaining issue was whether the redacted information produced to the designated judge may be viewed in its unredacted form by both the Court and Opposing Counsel, the designated judge only, or not at all.

Opposing Counsel argued that the disclosure of the information to the Court in the absence of an application pursuant to subsection 18.1(4) was an inadvertent breach of the section 18.1 privilege and that the privilege should be restored by the withdrawal of the non-redacted operational report. Opposing Counsel submitted, *inter alia*, that the new section 18.1 statutory regime must be interpreted strictly and literally, and that if consent cannot be obtained to provide the designated judge with information identifying the CSIS human source, then the designated judge must evaluate the validity of the case accordingly. Counsel for the Government contended, *inter alia*, that information from which the identity of a CSIS human source may be inferred should be disclosed to the designated judge but not to the Opposing Counsel when a section 18.1 claim of privilege is put forward. Counsel for the Government also argued that section 18.1 must be interpreted in a way that permits the designated judge to perform his or her role as an independent adjudicator of issues under section 18.1.

At issue was whether the CSIS human source privilege contained in section 18.1 of the CSIS Act is applicable to the designated judge.

Held, the CSIS human source privilege created pursuant to 18.1 of the CSIS Act is not applicable to designated judges.

Allowing the designated judge to review the unredacted information strikes the appropriate balance between the legislative intent behind section 18.1, the Charter, section 7 rights of CSIS human sources, and the designated judge's overarching statutory duties to promote fairness and the proper administration of justice. The designated judge can receive disclosure of the unredacted information because he or she is not the Counsel for the Government's litigation opponent under the scope of the meaning of "disclosure" as enacted at subsection 18.1(2). Section 18.1 must be interpreted in a manner allowing the designated judge to perform his or her

privilege en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) dans le cadre d'une instance *in camera*, *ex parte* devant la Cour.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, la Cour d'appel fédérale a déterminé qu'un privilège générique s'applique aux faits concernant une source humaine du SCRS en l'espèce. Il restait donc à la Cour à statuer sur la possibilité que les informations caviardées soumises au juge désigné puissent être lues sous leur forme non caviardée soit par la Cour et les avocats adverses, soit par le juge désigné seulement, soit par ni l'un ni l'autre.

Les avocats adverses ont soutenu que la communication des informations à la Cour en l'absence d'une demande au titre du paragraphe 18.1(4) constituait une violation involontaire du privilège établi à l'article 18.1, ce que devrait régler le retrait du rapport opérationnel non caviardé. Les avocats adverses ont entre autres soutenu qu'il est nécessaire de donner au nouveau régime législatif établi à l'article 18.1 une interprétation stricte et littérale, et que s'il est impossible d'obtenir le consentement quant à la communication au juge désigné d'informations sur l'identité de la source du SCRS, alors le juge désigné doit évaluer en conséquence la validité du dossier dont il est instruit. Les avocats du gouvernement soutiennent entre autres qu'en cas de réclamation du privilège établi à l'article 18.1, il y aurait lieu de communiquer les informations qui permettraient de découvrir l'identité d'une source humaine du SCRS au juge désigné, mais pas aux avocats adverses. Ils soutiennent également que l'article 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné d'exercer son rôle d'arbitre indépendant quant aux questions relevant de l'article 18.1.

Il s'agissait de savoir si le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique au juge désigné.

Jugement : Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne s'applique pas aux juges désignés.

Le fait de permettre au juge désigné d'examiner les informations non caviardées établit un juste équilibre entre l'intention du législateur quant à l'article 18.1, les droits garantis aux sources humaines du SCRS par l'article 7 de la Charte et les fonctions judiciaires globales du juge désigné, c'est-à-dire assurer l'équité et la bonne administration de la justice. Les informations non caviardées peuvent être communiquées au juge désigné, celui-ci n'étant pas la partie adverse des avocats du gouvernement, quant à la portée de la signification de « communication » telle qu'elle a été adoptée au paragraphe 18.1(2). L'article 18.1 doit être interprété de manière

duties as an independent adjudicator. The designated judge may have good reasons to ask for the identity of the CSIS human source in warrant applications under the CSIS Act, in certificate proceedings under the *Immigration and Refugee Protection Act*, and in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act*. Parliament cannot have intended to bar the designated judge from requesting CSIS human source information in these types of proceedings through the enactment of the section 18.1 CSIS human source privilege. Counsel for CSIS have an elevated duty of candour towards the designated judges presiding over *ex parte*, *in camera* hearings, which obliges them to be fully frank and open with the Court. The section 18.1 CSIS human source privilege does not bar the judge from receiving notice of certain information regarding a CSIS human source that may impact a proceeding. If Parliament had wanted to diminish the scope of the duty of candour imposed upon Government Counsel, it would have addressed this explicitly. Overall, the consequences of strictly and literally interpreting the new section 18.1 CSIS human source privilege are extreme and would significantly impact the ability of designated judges to ensure fairness and the proper administration of justice. The fundamental principles of fairness and justice would otherwise be compromised. Designated judges have reached an appropriate level of judicial insight and experience into the field of national security. The legislator did not intend to destroy years' worth of procedural and substantive jurisprudential evolution when it enacted the section 18.1 CSIS human source privilege. The proposed strict, literal, and limited textual legislative interpretation would smother many important aspects of the practical application of the national security legal framework. The practical context in which the new section 18.1 privilege operates must be taken into consideration; it must be interpreted as fitting within the framework, not eradicating substantive and procedural rights that have been developed over time with great difficulty.

à permettre au juge désigné de s'acquitter de ses fonctions à titre d'arbitre indépendant. Le juge désigné peut avoir de bonnes raisons de demander à connaître l'identité de la source humaine dans les demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS, dans les instances relatives aux certificats en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et dans les procédures relatives à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le législateur, en créant un privilège relatif aux sources humaines du SCRS par l'adoption de l'article 18.1, n'a pas pu avoir l'intention d'interdire au juge désigné de demander des informations sur les sources humaines du SCRS dans ces types d'instances. Les avocats du SCRS ont une lourde obligation de franchise envers les juges désignés qui président des audiences *ex parte* et à huis clos. Partant, ils doivent faire preuve de franchise et d'ouverture envers la Cour. Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 n'interdit pas de signifier au juge des préoccupations au sujet d'informations relatives à une source humaine du SCRS qui pourraient avoir une incidence sur l'instance sous-jacente. Si le législateur avait voulu restreindre la portée de l'obligation de franchise imposée aux avocats du gouvernement, il l'aurait mentionné explicitement. Dans l'ensemble, l'interprétation stricte et littérale du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 aurait des conséquences très graves qui nuiraient énormément à la capacité des juges désignés d'assurer l'équité et la bonne administration de la justice. Sinon, les principes fondamentaux de l'équité et de la justice seraient compromis. Les juges désignés ont acquis suffisamment de discernement et d'expérience sur le plan judiciaire dans le domaine de la sécurité nationale. Le législateur, en adoptant l'article 18.1 qui établit le privilège relatif aux sources humaines du SCRS, n'avait pas l'intention de réduire à néant des années d'une évolution importante de la jurisprudence et de la procédure. Une interprétation stricte, littérale et purement textuelle, comme elle a été proposée, saperait de nombreux aspects importants de l'application pratique du cadre juridique de la sécurité nationale. Il est nécessaire de tenir compte du contexte pratique dans lequel s'applique le nouveau privilège établi à l'article 18.1 et de l'interpréter de manière à ce qu'il s'inscrive dans le cadre, pas de manière à ce qu'il détruise des droits fondamentaux et procéduraux élaborés au fil du temps aux prix de grands efforts.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38, 38.01(6)(d), 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38, 38.01(6)d), 39.
Loi sur la prévention des voyages de terroristes, L.C. 2015, ch. 36, art. 42.

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “judge”, 18.1.
Charities Registration (Security Information) Act, S.C. 2001, c. 41, s. 113.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 87.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.
Prevention of Terrorist Travel Act, S.C. 2015, c. 36, s. 42.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.
Secure Air Travel Act, S.C. 2015, c. 20, s. 11.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5.
Loi sur la sûreté des déplacements aériens, L.C. 2015, ch. 20, art. 11.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « juge », 18.1.
Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité), L.C. 2001, ch. 41, art. 113.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 87.

CASES CITED

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, 345 F.T.R. 143; *Harkat (Re)*, 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, “disclosure”.

APPLICATION seeking to clarify the proper procedure to be followed when the Government claims that a privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* applies in an *in camera*, *ex parte* proceeding. The human source privilege created pursuant to section 18.1 is not applicable to designated judges.

APPEARANCES

[***][***]
 [***]
 [***] [***]

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *Harkat (Re)*, 2009 CF 553; *Harkat (Re)*, 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, « disclosure ».

DEMANDE visant à préciser la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l'application d'un privilège en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* dans le cadre d'une instance *in camera*, *ex parte* devant la Cour. Le privilège relatif aux sources humaines établi à l'article 18.1 ne s'applique pas aux juges désignés.

ONT COMPARU

[***] [***]
 [***]
 [***] [***]

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada [***]
 [***] [***]
 [***]
 [***]

The following is the public judgment and reasons rendered in English by

NOËL J.:

(Note: paragraph 2 was redacted and replaced in this public judgment and reasons.)

I. Introduction	1
II. Opposing counsel's submissions	7
III. Counsel for the Government's submissions	13
IV. Issue	19
V. Analysis	20
A. Overview of the new CSIS human source privilege	20
B. General findings and principles of interpretation	25
C. Effects of the new privilege on various areas of law relating to national security	36
(1) Warrant applications under the CSIS Act	36
(2) Certificate proceedings under IRPA	37
(3) Section 38 of the <i>Canada Evidence Act</i>	39
D. Duty of candour	43
VI. Conclusion	48

I. INTRODUCTION

[1] Given that parts of these reasons will be redacted in order to allow for publication, certain terms [***] have been replaced by much broader terms in order to obfuscate information which may tend to identify the case and type of proceeding before the Court for national security reasons. [***] The purpose of this approach is to make these reasons as public as possible without

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sous-procureur général du Canada [***]
 [***] [***]
 [***]
 [***]

Voici le jugement et les motifs publics rendus en français par

LE JUGE NOËL :

(Note : le paragraphe 2 a été caviardé et remplacé pour les fins de ce jugement et motifs publics.)

I. Introduction	1
II. Observations des avocats adverses	7
III. Observations des avocats du gouvernement	13
IV. Question	19
V. Analyse	20
A. Aperçu du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS	20
B. Constatations générales et principes d'interprétation	25
C. Effets du nouveau privilège sur différents domaines du droit relatifs à la sécurité nationale	36
1) Demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS	36
2) Instances relatives aux certificats (LIPR)	37
3) Article 38 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	39
D. Obligation de franchise	43
VI. Conclusion	48

I. INTRODUCTION

[1] Étant donné que les présents motifs seront caviardés en partie pour en permettre la publication, des termes [***] ont été remplacés par des termes beaucoup plus généraux afin de dissimuler les informations qui pourraient permettre de reconnaître l'affaire et le type d'instance, et ce, pour des motifs liés à la sécurité nationale. [***] Cette démarche vise à ce que les présents

disclosing anything that could be interpreted as being related to a particular file or proceeding.

[2] [See note above.] An issue arose, in a proceeding before the Court, regarding the proper procedure to be followed when the Government claims a privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* [R.S.C., 1985, c. C-23] (CSIS Act) applies in an *in camera, ex parte* proceeding.

[3] As a result, Government Counsel and Opposing Counsel disagreed on the applicability of the privilege claimed. They also disagreed, if a privilege does indeed exist, on whether it forbids the designated judge from reading the unredacted operational report.

[4] The undersigned received submissions from Government Counsel and Opposing Counsel on both issues and took the matter under reserve. Since the issues of scope and temporal applicability of the privilege were the subject matters of an appeal to the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44 (*Almalki* 2016), the matter was put on hold until that decision was rendered in July 2016.

[5] As a result of the *Almalki* 2016 decision, the issue of privilege is now resolved: a class privilege applies to the facts involving a CSIS human source in the present case.

[6] The only remaining issue before the Court today is whether the redacted information produced to the designated judge [***] may be viewed in its unredacted form by both the Court and Opposing Counsel, the designated judge only, or not at all. Opposing Counsel first contend that the unredacted information ought never to be produced to any person. Second, alternatively, they contended that both Opposing Counsel and the designated judge ought to receive the information. Government Counsel take the position that the section 18.1 CSIS human source privilege is not meant to be applicable to the designated judge. This is the only legal issue I will be

motifs puissent être rendus publics autant que possible sans que transparaisse quoi que ce soit qui peut les lier à un dossier ou à une instance en particulier.

[2] [Voir la note ci-haut.] Dans le cadre d'une instance *in camera, ex parte* devant la Cour, celle-ci a eu à se prononcer sur la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l'application d'un privilège en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* [L.R.C. (1985), ch. C-23] (Loi sur le SCRS).

[3] Les avocats du gouvernement et les avocats adverses ont adopté des positions divergentes sur l'applicabilité du privilège réclamé. En outre, ils n'étaient pas d'accord sur la possibilité que le privilège, s'il existe effectivement, interdise au juge désigné de lire le rapport opérationnel non caviardé.

[4] Le soussigné a reçu les observations des avocats du gouvernement et des avocats adverses sur les deux questions et a mis l'affaire en délibéré jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale se prononce en juillet 2016 dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44 (*Almalki* 2016), car les questions de la portée et de l'applicabilité du privilège dans le temps étaient au cœur de cet appel.

[5] L'arrêt *Almalki* 2016 a réglé la question du privilège : en l'espèce, un privilège générique s'applique aux faits concernant une source humaine du SCRS.

[6] Il reste donc à la Cour à statuer sur la possibilité que les informations caviardées soumises au juge désigné, qui faisaient partie de ce que le gouvernement avait l'obligation de divulguer, puissent être lues sous leur forme non caviardée soit par la Cour et les avocats adverses, soit par le juge désigné seulement, soit par ni l'un ni l'autre. Les avocats adverses soutiennent que les informations non caviardées ne devraient jamais être fournies à quiconque ou que, subsidiairement, tant les avocats adverses que le juge désigné puissent en prendre connaissance. Les avocats du gouvernement sont d'avis que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS

dealing with. In regard to the question of whether or not the Opposing Counsel have a right to view the redacted information, the submissions presented are so limited that I must leave this issue to be resolved in another proceeding.

II. OPPOSING COUNSEL'S SUBMISSIONS

[7] In regard to whether or not the designated judge may access the unredacted operational report, the Opposing Counsel argue that the disclosure of the information to the Court in the absence of an application pursuant to subsection 18.1(4) was an inadvertent breach of the section 18.1 privilege. The privilege should be restored by the withdrawal of the non-redacted operational report.

[8] The Opposing Counsel's written submissions addressing whether the section 18.1 CSIS human source privilege is applicable to the designated judge were particularly succinct. I insert them here:

The [Opposing Counsel] consider s.18.1 to be unconstitutional, in that it purports to deny the judge and [Opposing Counsel] access to any information from which the identity of a human source could be inferred, without distinguishing among circumstances in which such disclosure might be required in the interests of justice, and thus interferes with their constitutionally mandated roles pursuant to [***] the *Charter*. However, this is not a circumstance in which the [Opposing Counsel] consider it appropriate to launch a constitutional challenge.

[9] The Opposing Counsel added to the brief written submissions on the topic over the course of a hearing on the matter. First and foremost, Opposing Counsel submitted that the new section 18.1 statutory regime must be interpreted strictly and literally. Following the enactment of the section 18.1 CSIS human source privilege, the source is on equal footing with the Service in regard to taking decisions relating to the disclosure of information identifying, or tending to identify the identity of the intelligence human source. Opposing Counsel contend that, if the ministers cannot obtain the consent of both

établi à l'article 18.1 n'est pas censé s'appliquer au juge désigné. Il s'agit de la seule question de droit sur laquelle je me prononcerai. En ce qui a trait au droit éventuel des avocats adverses de prendre connaissance des informations caviardées, le caractère très succinct des observations présentées m'amène à laisser cette question se régler dans le cadre d'une autre instance.

II. OBSERVATIONS DES AVOCATS ADVERSES

[7] Au sujet de la possibilité que le juge désigné puisse consulter le rapport opérationnel non caviardé, les avocats adverses soutiennent que la communication des informations à la Cour en l'absence d'une demande au titre du paragraphe 18.1(4) a constitué une violation involontaire du privilège établi à l'article 18.1, ce que devrait régler le retrait du rapport opérationnel non caviardé.

[8] Les avocats adverses ont soumis des observations particulièrement succinctes sur l'applicabilité au juge du privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1. Les voici :

[TRADUCTION] Les [avocats adverses] considèrent que l'article 18.1 est inconstitutionnel, car il a pour effet de refuser au juge et aux [avocats adverses] l'accès à toute information qui permettrait de découvrir l'identité d'une source humaine, et ce, sans distinction, alors que dans certaines circonstances, une telle divulgation pourrait servir l'intérêt de la justice. Cette disposition leur nuit donc dans l'exercice de leur rôle obligatoire en vertu de la Constitution quant [***] à la Charte. Toutefois, en l'espèce, les [avocats adverses] ne considèrent pas qu'il est judicieux de contester la constitutionnalité de l'article.

[9] Au cours d'une audience relative à l'affaire, les avocats adverses ont quelque peu précisé leurs brèves observations écrites. En premier lieu, ils ont soutenu qu'il est nécessaire de donner au nouveau régime législatif établi à l'article 18.1 une interprétation stricte et littérale. Depuis l'adoption de l'article 18.1, qui établit le privilège relatif aux sources humaines du SCRS, la source humaine de renseignements est sur un pied d'égalité avec le Service en ce qui a trait à la prise de décisions relative à la communication d'informations sur son identité ou d'informations qui permettraient de

the Director of the CSIS and of the CSIS human source to provide the designated judge with information identifying, or tending to identify the CSIS human source, then the designated judge must evaluate the validity of the case before him or her accordingly (see transcript page 40 for details).

[10] In regard to the duty to provide information stemming from *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3 (*Ruby*), Opposing Counsel contend that the section 18.1 scheme of necessitating consent from the Director of the CSIS and the CSIS human source to provide information identifying, or tending to identify, the CSIS human source meets the requirements of *Ruby*. In the alternative, if the section 18.1 scheme does not meet the duty of disclosure under *Ruby*, then it is the statute's intended effect.

[11] I must admit that I have much difficulty reconciling the position taken by the Opposing Counsel in this case [***] As such, given that the written submissions on the subject were limited in length, I put forward my concerns to Opposing Counsel over the course of the oral submissions. Given that a thorough understanding of the issues benefits all, I insert here extracts I think are relevant to confirming and completing Opposing Counsel's written position:

Justice Noël: Are you saying as a [Opposing Counsel] that this Court does not have the jurisdiction without a motion to view a source's information to the point of even being able to identify? Is that what you are saying to this Court? The big concern I have is this.

[Opposing Counsel]: Just to be clear, our position is that the statute precludes anyone, you or us, from getting access to the identity of the source in the absence of a section 18.1(4) application or 18.1(3).

Justice Noël: How would I be assuming my responsibilities [***] to use one example? [***] I have an obligation

découvrir son identité. Selon les avocats adverses, si les ministres ne sont pas en mesure d'obtenir le consentement du directeur du SCRS et de la source quant à la communication au juge désigné d'informations sur l'identité de la source ou d'informations qui permettraient de découvrir cette identité, alors le juge désigné doit évaluer en conséquence la validité du dossier dont il est instruit (pour en apprendre davantage, voir à la page 40 de la transcription).

[10] Les avocats adverses soutiennent que le régime de l'article 18.1, qui exige d'obtenir le consentement du directeur du SCRS et de la source humaine du SCRS pour fournir des informations sur l'identité de cette dernière ou des informations qui permettraient de découvrir cette identité, répond aux exigences découlant de l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3 (*Ruby*), quant à la communication d'informations ou, subsidiairement, si ce n'est pas le cas, qu'il s'agit là de l'effet souhaité par le législateur.

[11] Je dois admettre que j'ai beaucoup de mal à concilier la position des avocats adverses en l'espèce [***] Ainsi, en raison de la brièveté des observations écrites à ce propos, j'ai fait part de mes préoccupations aux avocats adverses pendant l'audition des observations orales. Dans la mesure où il est avantageux pour tous de bien comprendre les questions, je donne ici quelques extraits de ces interventions qui, à mon avis, confirment et complètent de façon pertinente la position écrite des avocats adverses :

Juge Noël : Affirmez-vous, à titre d'[avocat adverse], que cette Cour n'a pas le pouvoir, en l'absence de demande, de consulter les informations relatives à une source qui pourraient permettre de découvrir son identité? Est-ce cela que vous affirmez à la Cour? C'est ce qui me préoccupe grandement.

[Avocats adverses] : Précisons-le : nous sommes d'avis que la loi interdit à quiconque, que ce soit vous ou nous, d'avoir accès à l'identité de la source en l'absence d'une demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4) ou des consentements dont il est question au paragraphe 18.1(3).

Juge Noël : Comment pourrais-je m'acquitter de mes responsabilités à l'égard de la [***] pour ne donner que

to view the information and decide what can be made public through a summary or not. [***]

[Opposing Counsel]: The way this new provision is meant to operate, and it changes the landscape, in my respectful submission, from what existed previously, this provision is meant to operate on – your access or the Court’s access to the privileged information is triggered by an application under 18.1(4). [...] [Transcript pages 4–5]

...

Justice Noël: I hear you. I hear everything you are saying. But what I hear is counsel are telling this Court that the tools we have to operate in the interests of justice should not exist anymore while you have CSIS, the Government of Canada, arguing differently. I’m extremely surprised. [***] I’m surprised that you are putting forward this type of argument.

[Opposing Counsel]: You may be surprised, but it follows from the statute and the statute creates a brand new regime.... [Transcript page 10]

...

Justice Noël: I don’t see the bridge you are doing. I will repeat, I will not go so far as—you are so mindset in getting access to that potential power that you are ready to take it away from the judge at the cost of making a big fight, a constitutional fight, at the end to declare that this 18.1 is—that is, in essence, what I hear.

[Opposing Counsel]: I’m not trying to have a constitutional argument. That’s not going to arise in this case.

Justice Noël: But the potential price you are asking the system is the whole thing falls apart because us [Opposing Counsel] do not have the same rights as the judge because we don’t think the judge has the right to view it. “If you, judge, view this information, we must see it.” That is what I hear from you....

Justice Noël: And I’m going to say that you raised this argument without even putting any substance into it. So you’re not helping the Court at all. [Transcript pages 13-14]

cet exemple? La [***] m’impose d’examiner les informations et de déterminer lesquelles peuvent être rendues publiques dans un résumé. Je vous entends maintenant dire que, [***]

[Avocats adverses] : À mon humble avis, cette nouvelle disposition change la donne. Son fonctionnement est censé reposer sur le fait que vous avez accès aux informations confidentielles, ou que la Cour y a accès, si une demande est présentée au titre du paragraphe 18.1(4) [...] [Transcription, pages 4 et 5.]

[...]

Juge Noël : Je vous suis. J’entends tout ce que vous me dites. Toutefois, ce que j’entends, ce sont des avocats qui disent à la Cour que les outils dont elle dispose pour agir dans l’intérêt de la justice ne devraient plus exister, tandis que le SCRS et le gouvernement du Canada ne sont pas du même avis. Je suis extrêmement surpris. Je vois [***] Cela m’étonne que vous avanciez des arguments de ce genre.

[Avocats adverses] : Cela vous surprend peut-être, mais cela découle de la loi, et la loi établit un tout nouveau régime [...] [Transcription, page 10.]

[...]

Juge Noël : Je ne vois pas le lien que vous établissez. Je répète, je n’irai pas jusqu’à... vous êtes tellement résolu à obtenir éventuellement ce pouvoir que vous êtes prêt à le retirer au juge au prix d’une lutte intense, d’une contestation constitutionnelle en fin de compte, pour déclarer que cet article 18.1 est... en gros, c’est ce que j’entends.

[Avocats adverses] : L’idée n’est pas de lancer une contestation constitutionnelle. En l’espèce, cela n’arrivera pas.

Juge Noël : Mais le prix que vous voulez faire payer au système, c’est son effondrement, parce que les [avocats adverses] n’ont pas les mêmes droits que le juge, parce qu’ils estiment que le juge n’a pas le droit de voir les informations. « Si vous, le juge, consultez ces informations, alors il nous faut pouvoir les consulter ». C’est ce que je vous entends dire [...]

Juge Noël : Selon moi, vous avez soulevé cet argument sans y mettre la moindre substance. Vous n’aidez pas du tout la Cour. [Transcription, pages 13 et 14.]

...

Justice Noël: You being a very experienced lawyer pushing this argument, you realize that you are limiting the designated judge's power, [***] You are even limiting now with an extensive argument that Ruby may be limited when it comes to human source information. And you are limiting, through your argument now, [***] will therefore, in the future, be limited. As [Opposing Counsel], officers of the Court, if I follow your argument to the extent that I am pushing you, you are saying "Yes, that's the way it has to be. That's the way we're reading it."

[Opposing Counsel]: I don't want to sort of rehash this, but I do want to say that the position we are advancing before you is how we read this statute, which is why I should say we think this statute is infirm, and it's infirm for a variety of reasons.

Justice Noël: But interpretation of statutes says, "Hey, don't look at the facts only. You have to look at the whole thing."

[Opposing Counsel]: Right.

Justice Noël: That's clear now. You are doing a strict literal interpretation.

[Opposing Counsel]: The reason I am doing this, my Lord—.... [Transcript pages 54-55]

...

[Opposing Counsel]: ... [O]ur position is that the security of the information to you is equivalent to the security of to us. [Transcript page 56]

...

Justice Noël: It's the world upside down for me. CSIS is arguing openness and you are arguing closed-ness. It's unbelievable.

[Opposing Counsel]: I know. It's—and we were talking about this before, actually, amongst us, about the interpretation of the provision. The concern on our side and the conclusion we reached is we have to deploy a strict interpretation in this way. We concluded that the provision can operate flexibly to give information to

[...]

Juge Noël : Vous êtes un avocat très expérimenté, et vous réalisez que, par vos arguments, vous plaidez pour la diminution du pouvoir du juge désigné, [***] Vous soutenez même, au moyen d'arguments approfondis, que la portée de l'arrêt *Ruby* peut être limitée lorsqu'il s'agit d'informations de source humaine. Maintenant, au moyen de vos arguments, vous avancez que les progrès que nous avons réalisés ensemble [***] seront donc aussi limités. Si je suis jusqu'au bout les arguments que vous me présentez à titre d'[avocat adverse], de fonctionnaire judiciaire, vous me dites : « Oui, c'est ainsi que cela doit se passer. C'est ce que nous en comprenons ».

[Avocats adverses] : Je ne veux pas me répéter, mais je tiens à dire que ce que nous avançons ici, c'est notre interprétation de cette disposition, et c'est pourquoi je devrais dire que nous croyons que cette disposition est boiteuse, et ce, pour diverses raisons.

Juge Noël : Mais l'interprétation des lois consiste à ne pas considérer uniquement les faits, mais le portrait global.

[Avocats adverses] : En effet.

Juge Noël : C'est maintenant clair. Vous en faites une interprétation stricte et littérale.

[Avocats adverses] : La raison pour laquelle je procède ainsi, Monsieur le Juge — [...] [Transcription, pages 54 et 55.]

[...]

[Avocats adverses] : [...] [N]ous sommes d'avis que la sécurité des informations est équivalente tant pour vous que pour nous. [Transcription, page 56.]

[...]

Juge Noël : Pour moi, c'est le monde à l'envers. Le SCRS plaide l'ouverture, et vous plaidez l'opacité. C'est incroyable.

[Avocats adverses] : Je sais. C'est... nous en avons parlé avant, en fait, entre nous, de l'interprétation de la disposition. Notre préoccupation, et la conclusion à laquelle nous sommes parvenus, c'est que nous devons ainsi adopter une interprétation stricte. Nous avons conclu que la disposition peut fonctionner avec souplesse afin que

designated judges. It's all about identity and it's all about consents.... [Transcript, page 58]

les juges désignés puissent avoir accès aux informations. Tout repose sur l'identité et les consentements. [...] [Transcription, page 58.]

[12] Following the oral hearing, the Opposing Counsel's position was made clear: they are advocating for a strict and literal interpretation of the new section 18.1 scheme. In the next section, I will detail the interpretation proposed by Counsel for the Government.

[12] Après l'audition des observations orales, la position des avocats adverses était claire : ils soutiennent que le nouveau régime établi à l'article 18.1 doit être interprété de façon stricte et littérale. Dans la prochaine section, j'expose en détail l'interprétation proposée par les avocats du gouvernement.

III. COUNSEL FOR THE GOVERNMENT'S SUBMISSIONS

III. OBSERVATIONS DES AVOCATS DU GOUVERNEMENT

[13] Counsel for the Government contend that the protection of a CSIS human source's life and security stemming from the effect of section 18.1 is compatible with the Court's statutory duties under the relevant legislative regime. Information from which the identity of a CSIS human source may be inferred should be disclosed to the designated judge but not to the Opposing Counsel when a section 18.1 claim of privilege is put forward. The proper purposive interpretation of section 18.1 of the CSIS Act should respect the CSIS human source's section 7 rights [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] (liberty and security) all the while permitting the Court to fulfill its statutory duties.

[13] Les avocats du gouvernement soutiennent que les mesures de protection de la vie et de la sécurité d'une source humaine du SCRS prévues à l'article 18.1 sont compatibles avec les obligations de la Cour en fonction de la loi, au titre de la législation applicable. En cas de réclamation du privilège établi à l'article 18.1, il y aurait lieu de communiquer les informations qui permettraient de découvrir l'identité d'une source humaine du SCRS au juge désigné, mais pas aux avocats adverses. Selon l'interprétation téléologique adéquate, l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS devrait permettre de respecter les droits garantis par l'article 7 [*Charte canadienne des droits et libertés*] (liberté et sécurité) à la source humaine du SCRS tout en permettant à la Cour de s'acquitter de ses obligations en fonction de la loi.

[14] The wording of subsection 18.1(2), which prohibits disclosure of CSIS human source information, does not specifically address which party is barred from receiving disclosure. Counsel for the Government contend that in a litigation context, disclosure is understood as disclosure to one's litigation opponent. Counsel for the Government rely on *Black's Law Dictionary's* definition of "disclosure" to support this interpretation: "the act or process of making known something that was previously unknown" or the "mandatory divulging of information to litigation opponent according to procedural rules." Consequently, Counsel for the Government submit that the Court is not the "litigation opponent" of the Counsel for the Government. They argue that section 18.1 must be interpreted in a way that permits the designated judge to perform his or her role as an independent adjudicator

[14] Le paragraphe 18.1(2) ne précise pas explicitement à qui la communication d'informations relatives à une source humaine du SCRS est interdite. Les avocats du gouvernement soutiennent que, dans le contexte d'un litige, s'entend par « communication » la divulgation d'informations à la partie adverse. Ils appuient leur interprétation sur la définition de « disclosure » (« communication » dans le présent contexte) donnée dans le *Black's Law Dictionary* : [TRADUCTION] « acte ou processus visant à dévoiler ce qui était caché » ou « divulgation obligatoire d'informations à la partie adverse, conformément aux règles de procédure ». En conséquence, les avocats du gouvernement soutiennent que la Cour n'est pas leur « partie adverse » et que l'article 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné d'exercer son rôle d'arbitre indépendant quant aux questions

of issues under section 18.1. They add that disclosure to the designated judge ensures that the Counsel for the Government are not the sole arbiters of what information should or should not be disclosed to any other party. In practice, the designated judge may be provided the CSIS human source information in order to assess whether the privilege exists or if the innocence at stake exception applies.

[15] Counsel for the Government add that, generally speaking, when Parliament intends for judges to be prohibited from examining information, it explicitly states so in law. Counsel for the Government refer to subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, regarding Cabinet confidences, as one amongst other examples:

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

Confidences of the Queen’s Privy Council for Canada

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

39 (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body. [Emphasis added.]

[16] In response to Counsel for the Government’s argument that section 39 of the *Canada Evidence Act*, in regard to Cabinet confidences, explicitly bars judges from receiving any form of unredacted information, the Opposing Counsel contends that the stated purpose of the [section] 18.1 privilege is to protect the section 7 Charter rights of the CSIS human source and the fact that subsection 18.1(2) includes the words “no person shall ... disclose” differentiates the two statutory regimes.

relevant de l’article 18.1. Il ajoute que la communication d’informations au juge désigné assure que les avocats du gouvernement ne sont pas la seule partie à déterminer quelles informations il convient de communiquer à une autre partie. En pratique, il est possible de fournir au juge les informations relatives à la source humaine du SCRS pour lui permettre d’évaluer si le privilège existe ou si l’exception relative à la démonstration de l’innocence s’applique.

[15] Les avocats du gouvernement ajoutent qu’en général, le législateur exprime clairement dans le libellé de la loi son intention d’interdire aux juges d’examiner des informations. Entre autres exemples, ils renvoient au paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, qui traite des renseignements confidentiels du Cabinet :

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

Renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada

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

39 (1) Le tribunal, l’organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s’opposent à la divulgation d’un renseignement, tenus d’en refuser la divulgation, sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada. [Non souligné dans l’original.]

[16] Selon les avocats du gouvernement, en ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet, l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* interdit explicitement aux juges de recevoir toute forme d’informations non caviardées. En réponse à cet argument, les avocats adverses soutiennent que le privilège établi à l’article 18.1 a pour objectif déclaré de protéger les droits garantis à la source humaine du SCRS par l’article 7 de la Charte et que la présence du segment « nul ne peut communiquer » au paragraphe 18.1(2) établit une distinction entre les deux régimes.

[17] Counsel for the Government also submit that the Supreme Court of Canada, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat* 2014), at paragraph 46, confirmed that the designated judge plays the role of gatekeeper in *ex parte*, *in camera* proceedings:

....The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility, but also that the overall process is fair Indeed, the *IRPA* scheme expressly requires the judge to take into account "considerations of fairness and natural justice" when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), *IRPA*....

[18] In regard to the steps following the determination of whether the claim of privilege is valid or not, Counsel for the Government posit that the section 18.1 scheme does not prevent alternatives to disclosure of information identifying, or tending to identify the CSIS human source. For example, the scheme does not prevent the issuance of summaries of the information that do not identify the source. In addition, even if the designated judge sees the CSIS human source information, he or she can choose to give no weight to the information, refuse to order the warrant, refuse to declare a certificate reasonable etc. A purposive interpretation of the [section] 18.1 scheme allows the jurisdiction of designated judges overseeing national security matters to function unimpeded across multiple legal topics all the while fulfilling the enactment's intended purpose, which is to protect the disclosure of sensitive information identifying, or tending to identify a CSIS human source. Counsel for the Government are cognizant of the fact that adopting such an interpretation will impact other files.

IV. ISSUE

[19] Is the CSIS human source privilege contained in section 18.1 of the CSIS Act applicable to the designated judge?

[17] En outre, les avocats du gouvernement sont d'avis que, dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat* 2014), au paragraphe 46, la Cour suprême du Canada a confirmé que le juge désigné joue le rôle de gardien dans les instances *ex parte* et à huis clos :

[...] Il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable : [...] D'ailleurs, le régime établi par la *LIPR* exige expressément du juge qu'il tienne compte des « considérations d'équité et de justice naturelle » dans l'instruction de l'instance : al. 83(1)a) *LIPR* [...]

[18] Au sujet des étapes suivant la décision relative à la validité de la réclamation du privilège, les avocats du gouvernement avancent que le régime de l'article 18.1 n'empêche pas les solutions de rechange à la communication d'information sur l'identité de la source humaine du SCRS ou d'informations qui permettraient de découvrir cette identité. À titre d'exemple, le régime n'interdit pas la production de résumés des informations qui n'établissent pas l'identité de la source. En outre, même s'il prend connaissance des informations relatives à la source humaine du SCRS, le juge désigné peut décider de ne leur accorder aucun crédit et peut, entre autres, refuser de décerner un mandat ou de conclure au caractère raisonnable d'un certificat. L'interprétation téléologique du régime de l'article 18.1 permet aux juges désignés qui sont chargés de dossiers relatifs à la sécurité nationale de traiter sans entraves de nombreuses questions juridiques tout en respectant l'objectif énoncé de la disposition, c'est-à-dire établir une mesure de protection relative à la communication d'informations sensibles sur l'identité de sources humaines du SCRS ou d'informations qui permettraient de découvrir cette identité. Les avocats du gouvernement sont conscients que l'adoption d'une telle interprétation aura une incidence sur d'autres dossiers.

IV. QUESTION

[19] Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique-t-il au juge désigné?

V. ANALYSIS

A. Overview of the new CSIS human source privilege

[20] As a result of *Harkat* 2014, which found that CSIS human sources were not protected by a class privilege, the legislator amended the CSIS Act to create such a new statutory privilege. The purposes of this new privilege are to ensure that the identity of CSIS human sources remains confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the CSIS (subsection 18.1(1) of the CSIS Act).

[21] As such, in any proceeding before a court, disclosure of the identity of a CSIS human source, or any information from which the identity of a CSIS human source may be identified, is forbidden (subsection 18.1(2) of the CSIS Act). As Counsel for the Government have argued, subsection 18.1(2) of the CSIS Act does not specify to whom disclosure should be prohibited. As I interpret it, the privilege is applicable to: courts with jurisdiction to compel the production of information or to disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred; to judges; to parties; and of course to the public, unless the CSIS human source and the Director of the CSIS consent to such disclosure (subsection 18.1(3)).

[22] If an application to be provided such disclosure is served and filed, the matter is referred to the Registry of the Federal Court which will forward it to the Designated Proceedings Section. The Chief Justice will then assign the matter to a designated judge. In addition, a copy of the application will be served to the Attorney General of Canada, who, upon being served, becomes a party to the litigation (see section 2 and subsections 18.1(4) to (6), and the definition of “judge” in the CSIS Act).

[23] In the application served and filed with the Registry of the Federal Court, a party, an *amicus*, or a special advocate (for the purposes of a hearing involving section 87 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA)), may seek an order

V. ANALYSE

A. Aperçu du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS

[20] Par suite de l’arrêt *Harkat* 2014, qui établit que les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées au moyen d’un privilège générique, le législateur a modifié la Loi sur le SCRS pour y incorporer un tel privilège visant à préserver l’anonymat des sources humaines et, partant, leur vie et leur sécurité, et à encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service (paragraphe 18.1(1) de la Loi sur le SCRS).

[21] Partant, dans une instance devant un tribunal, nul ne peut communiquer l’identité d’une source humaine du SCRS ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité (paragraphe 18.1(2) de la Loi sur le SCRS). Comme l’ont avancé les avocats du gouvernement, le paragraphe 18.1(2) ne précise pas à qui s’applique l’interdiction. Selon mon interprétation, le privilège s’applique aux tribunaux qui ont le pouvoir de contraindre à la production d’informations sur l’identité d’une source humaine ou d’informations qui permettraient de découvrir cette identité, aux juges, aux parties et, bien sûr, au public, à moins que la source humaine du SCRS et le directeur du SCRS consentent à ce que ces informations soient communiquées (paragraphe 18.1(3) de la Loi sur le SCRS).

[22] Les demandes visant l’obtention de la communication sont signifiées et déposées au greffe de la Cour fédérale, qui les achemine à la Section des procédures générales. Le juge en chef confiera le dossier à un juge désigné. Le procureur général se voit signifier copie de la demande et, dès lors, est réputé y être partie (se reporter aux paragraphes 18.1(4) à (6) ainsi qu’à la définition de « juge » qui figure à l’article 2 de la Loi sur le SCRS).

[23] Dans la demande signifiée et déposée au greffe de la Cour fédérale, la partie, l’*amicus* ou l’avocat spécial (aux fins d’une audience relative à l’article 87 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)) peut demander que soit déclaré,

declaring that the individual is not a CSIS human source or that the information sought does not identify, or tend to identify the CSIS human source.

[24] If the proceeding where disclosure is sought relates to the prosecution of an offence, then the above-mentioned individuals may seek an order declaring that disclosure of the identity of the CSIS human source is essential to establishing the innocence of the accused (see paragraphs 18.1(4)(a) and (b)).

B. *General findings and principles of interpretation*

[25] I agree with Counsel for the Government's submissions. I am also of the opinion that the CSIS human source privilege of section 18.1 of the CSIS Act is not applicable to a designated judge for the following reasons.

[26] A strong indicator that Parliament expects designated judge to receive extremely sensitive national security information is found at paragraph 38.01(6)(d) of the *Canada Evidence Act*. That paragraph refers to a schedule listing designated entities which are excluded from the ambit of the section 38 scheme of the *Canada Evidence Act*, which prohibits disclosure of sensitive information. In that schedule, it is clear that designated judges, through their national security responsibilities, are often tasked with vetting whether sensitive information ought to be released or kept protected. Such responsibilities include: applications for warrants under the CSIS Act, R.S.C., 1985, c. C-23; certificates of ineligibility to become a charity under the *Charities Registration (Security Information) Act*, S.C. 2001, c. 41, s. 113; certain areas of law under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27; appeals of denials of transportation under the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11; judicial review of denial of access to a requested record under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1; judicial review of denial of access to personal information under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21; applications following the discontinuance of an investigation of a complaint under

par ordonnance, qu'une personne physique n'est pas une source humaine du SCRS ou que l'information demandée ne donne pas l'identité d'une source humaine ou ne permettrait pas de découvrir cette identité.

[24] Si l'instance au cours de laquelle la demande est présentée est une poursuite pour infraction, les personnes susmentionnées peuvent demander que soit déclaré, par ordonnance, que la communication de l'identité de la source humaine du SCRS est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé (alinéas 18.1(4)a) et b) de la Loi sur le SCRS).

B. *Constatations générales et principes d'interprétation*

[25] Je suis d'accord avec les observations des avocats du gouvernement. En outre, je suis d'avis que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne s'applique pas aux juges désignés, et ce, pour les raisons suivantes.

[26] L'alinéa 38.01(6)d) de la *Loi sur la preuve au Canada* indique clairement que le législateur s'attend à ce que les juges désignés prennent connaissance d'informations extrêmement sensibles concernant la sécurité nationale du Canada. Cet alinéa renvoie à une annexe qui dresse la liste des entités exclues du champ d'application du régime de l'article 38 de cette loi, qui interdit la divulgation d'informations sensibles. Dans l'annexe, il est manifeste que les juges désignés, en raison de leurs responsabilités en matière de sécurité nationale, sont souvent chargés de déterminer si des informations sensibles doivent être communiquées ou protégées. Ces responsabilités touchent, entre autres, aux demandes de mandats (Loi sur le SCRS, L.R.C. (1985), ch. C-23), aux certificats signifiant l'inadmissibilité au statut d'organisme de bienfaisance (*Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*, L.C. 2001, ch. 41, art. 113), à quelques domaines du droit relevant de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, aux appels relatifs aux refus de transport (*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11), aux révisions judiciaires concernant les demandes d'accès refusées à des documents (*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C.

the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5; and finally appeals of passport cancellations under the *Prevention of Terrorist Travel Act*, S.C. 2015, c. 36, s. 42. I note that both special advocates and *amici curiae* are not listed anywhere in the designated entities schedule. Here are the relevant parts of the schedule:

SCHEDULE

(Paragraph 38.01(6)(d) and subsection 38.01(8))

DESIGNATED ENTITIES

1 A judge of the Federal Court, for the purposes of section 21 of the *Canadian Security Intelligence Act*.

2 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 6 and 7 of the *Charities Registration (Security of Information) Act*, except where the hearing is open to the public.

3 A judge of the Federal Court, the Federal Court of Appeal or the Immigration Division or Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, for the purposes of sections 77 to 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

4 A judge of the Federal Court, for the purposes of section 16 of the *Secure Air Travel Act*.

...

15 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 41 and 42 of the *Access to Information Act*.

16 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 41 to 43 of the *Privacy Act*.

17 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 14 to 17 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*.

...

(1985), ch. A-1) ou à des renseignements personnels (*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21), aux demandes consécutives à la fin de l'examen d'une plainte (*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5) et, enfin, aux appels relatifs à l'annulation de passeports (*Loi sur la prévention des voyages de terroristes*, L.C. 2015, ch. 36, art. 42). Je souligne que ni les avocats spéciaux ni les *amici curiae* ne figurent dans la liste des entités désignées placée en annexe, dont voici les parties pertinentes :

ANNEXE

(alinéa 38.01(6)d) et paragraphe 38.01(8))

ENTITÉS DÉSIGNÉES

1 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

2 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 6 et 7 de la *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignement de sécurité)*, sauf dans le cas où l'audition est ouverte au public.

3 Un juge de la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale ou la Section de l'immigration ou la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour l'application des articles 77 à 87.1 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

4 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application de l'article 16 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*.

[...]

15 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 41 et 42 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

16 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 41 à 43 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

17 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 14 à 17 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*.

[...]

21 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 4 and 6 of the *Prevention of Terrorist Travel Act*.

[27] In addition, as part of their overarching judicial duties to ensure the proper administration of justice and fairness in *ex parte*, *in camera* proceedings, designated judges can raise and address questions of disclosure without a subsection 18.1(4) application triggered by the specified persons. I agree with counsel for the Government's position that allowing the designated judge to review the unredacted information strikes the appropriate balance between the legislative intent behind section 18.1, the section 7 rights of CSIS human sources, and the designated judge's overarching statutory duties to promote fairness and the proper administration of justice.

[28] I also agree with the position that the designated judge can receive disclosure of the unredacted information because he or she is not the Counsel for the Government's litigation opponent under the scope of the meaning of "disclosure" as enacted at subsection 18.1(2).

[29] I further endorse Counsel for the Government's contention that section 18.1 must be interpreted in a manner allowing the designated judge to perform his or her duties as an independent adjudicator. Counsel for the Government themselves submit that they should not be the sole arbiters of what information should or should not be disclosed to any other party. In practice, the designated judge must be provided the unredacted information in order to determine whether the privilege exists or if any exceptions to it apply.

[30] I also find compelling the argument that Parliament generally explicitly states in law when it intends that judges are to be prohibited from even examining information to determine whether a claim of privilege is valid or to verify a fact related to a CSIS human source. Counsel for the Government refer, as an example of a specific prohibition, to subsection 39(1)

21 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 4 et 6 de la *Loi sur la prévention des voyages de terroristes*.

[27] Outre cela, dans le cadre de leurs fonctions judiciaires globales, qui consistent à assurer l'équité et la bonne administration de la justice lors d'instance *ex parte* et à huis clos, les juges désignés peuvent soulever et régler des questions relatives à la communication sans qu'une des personnes mentionnées au paragraphe 18.1(4) ne présente de demande en vertu de cette disposition. Je suis d'accord avec la position des avocats du gouvernement, qui soutiennent que permettre au juge désigné d'examiner les informations non caviardées établit un juste équilibre entre l'intention du législateur quant à l'article 18.1, les droits garantis aux sources humaines du SCRS par l'article 7 et les fonctions judiciaires globales du juge désigné, c'est-à-dire assurer l'équité et la bonne administration de la justice.

[28] Je suis aussi d'accord avec la position selon laquelle les informations non caviardées peuvent être communiquées au juge désigné, celui-ci n'étant pas la partie adverse des avocats du gouvernement, quant à la portée de la signification de « communication » telle qu'elle a été adoptée au paragraphe 18.1(2).

[29] J'abonde aussi dans le sens des avocats du gouvernement lorsqu'ils avancent que l'article 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné de s'acquitter de ses fonctions à titre d'arbitre indépendant. Les avocats du gouvernement soutiennent qu'ils ne devraient pas être les seuls à déterminer quelles informations peuvent être communiquées à une autre partie. En pratique, le juge désigné doit pouvoir consulter les informations non caviardées pour être en mesure de déterminer si le privilège existe ou si des exceptions s'y appliquent.

[30] En outre, je trouve convaincant l'argument selon lequel, en général, le législateur exprime clairement dans le libellé de la loi son intention d'interdire aux juges de même examiner des informations en vue de déterminer si une réclamation du privilège est fondée ou de vérifier un fait relatif à une source humaine du SCRS. À titre d'exemple d'interdiction expresse, les avocats

of the *Canada Evidence Act* in regard to Cabinet confidences. Section 18.1 contains no such specific prohibition on the information the presiding judge may receive to adjudicate a claim of CSIS human source privilege. The words “no person shall disclose” do indeed prohibit anybody holding CSIS human source information from disclosing it. However, when considered in the context of the Act as a whole, they do not forbid communication of that delicate information to the designated judge who has the ultimate responsibility of ensuring fairness and the proper administration of justice.

[31] The designated judge plays an expanded gatekeeper role in national security matters because he or she bears wider responsibilities, due to the confidential and closed nature of the proceedings. Both the jurisprudence and the legislation establish the responsibilities of the designated judge, notably the Supreme Court’s *Harkat* decision in 2014 and the IRPA. The Supreme Court provided a useful synopsis of these responsibilities at paragraph 46 of *Harkat* 2014:

First, the designated judge is intended to play a gatekeeper role. The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers’ finding of inadmissibility but also that the overall process is fair: “... in a special advocate system, an unusual burden will continue to fall on judges to respond to the absence of the named person by pressing the government side more vigorously than might otherwise be the case” (C. Forcese and L. Waldman, “Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of ‘Special Advocates’ in National Security Proceedings” (2007) (online), at p. 60). Indeed, the IRPA scheme expressly requires the judge to take into account “considerations of fairness and natural justice” when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), IRPA. The designated judge must take an interventionist approach, while stopping short of assuming an inquisitorial role.

[32] Given that the designated judge’s duties, as elaborated above, stem from an overriding responsibility to ensure fairness and the proper administration of justice,

du gouvernement renvoient au paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui traite des renseignements confidentiels du Cabinet. L’article 18.1 ne prévoit aucune interdiction expresse au sujet des informations dont peut disposer le juge président l’instance pour se prononcer sur une demande de privilège relatif aux sources humaines du SCRS. Le segment « nul ne peut communiquer » interdit effectivement à quiconque détient des informations relatives à une source humaine du SCRS de les communiquer. Toutefois, considérés au regard du contexte global de la loi, ces mots n’interdisent pas la communication de ces informations sensibles au juge désigné qui, en fin de compte, est chargé d’assurer l’équité et la bonne administration de la justice.

[31] En ce qui a trait aux questions touchant la sécurité nationale, le juge joue un rôle élargi de gardien parce que le caractère confidentiel et fermé des instances accroît l’importance de ses responsabilités. Tant la jurisprudence que la législation établissent les responsabilités du juge désigné, notamment l’arrêt *Harkat* 2014 et la LIPR. Dans l’arrêt *Harkat* 2014, au paragraphe 46, la Cour suprême en offre un résumé utile :

Premièrement, le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien. Il est investi d’un large pouvoir discrétionnaire et doit s’assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d’interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l’ensemble du processus est équitable : [TRADUCTION] « ... dans un système d’avocats spéciaux, le juge se verra encore imposer le fardeau inhabituel de réagir à l’absence de la personne visée en talonnant la partie gouvernementale avec plus de vigueur qu’il ne le ferait en présence de cette personne » (C. Forcese et L. Waldman, « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of “Special Advocates” in National Security Proceedings » (2007) (en ligne), p. 60). D’ailleurs, le régime établi par la LIPR exige expressément du juge qu’il tienne compte des « considérations d’équité et de justice naturelle » dans l’instruction de l’instance : al. 83(1)a) LIPR. Le juge désigné doit adopter une approche interventionniste, sans pour autant jouer un rôle inquisitoire.

[32] Comme il en est en question ci-dessus, puisqu’elles découlent de la responsabilité prépondérante qui consiste à assurer l’équité et la bonne administration de

such duties are not limited to security certificate proceedings. The distinction between the responsibilities of the designated judge, *amici curiae*, and special advocates extends beyond certificate proceedings and applies to all relevant situations in the field of national security where confidential information and CSIS human source issues can arise. Justice de Montigny, in *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050, highlighted these differences and similarities at paragraph 27:

That said, there is no precise definition of the role of *amicus* that is applicable to all possible situations where a court may find it beneficial to obtain advice from a lawyer not acting on behalf of the parties: *R v Cairenius* (2008), 232 CCC (3d) 13, at paragraphs 52-59; *R v Samra* (1998), 42 O.R.(3d) 434 (C.A.). It is generally agreed that the appointment of an *amicus* is generally intended to represent interests that are not represented before the court, to inform the court of certain factors it would not otherwise be aware of, or to advise the court on a question of law: see *Attorney General of Canada et al v Aluminium Company of Canada*, (1987) 35 DLR (4th) 495, at page 505 (BCCA).

[33] The Supreme Court provided further useful details in *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, notably at paragraphs 39, 44, 52 and 53:

In determining whether the privilege exists, the judge must be satisfied, on a balance of probabilities, that the individual concerned is indeed a confidential informant. And if the claim of privilege is established, the judge must give it full effect. As we have seen, *Named Person* established that trial judges have no discretion to do otherwise.

...

It thus remains as true in this case as it was in *Named Person* that “[w]hile the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply” (para. 47). No one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies. It follows that the trial judge erred in

la justice, les fonctions du juge désigné ne se limitent pas aux instances relatives aux certificats de sécurité. La distinction qui existe entre les responsabilités du juge désigné, des *amici curiae* et des avocats spéciaux va au-delà des instances relatives aux certificats de sécurité et s’applique à toute situation touchant la sécurité nationale pour laquelle peuvent être soulevées des questions relatives aux informations confidentielles et aux sources humaines du SCRS. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050, au paragraphe 27, le juge de Montigny a souligné ces différences et ressemblances :

Ceci dit, il n’existe pas de définition précise du rôle de l’*amicus* qui soit applicable à toutes les situations possibles où une cour peut trouver bénéfique d’obtenir les conseils d’un avocat qui n’agit pas pour les parties : *R c Cairenius* (2008), 232 CCC (3d) 13, aux paras 52-59; *R c Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434 (C.A.). On s’entend généralement pour dire que la nomination d’un *amicus* vise généralement à représenter les intérêts qui ne sont pas représentés devant la cour, à informer cette dernière de certains facteurs dont elle ne serait pas autrement au courant, ou de la conseiller sur une question de droit : voir *Procureur général du Canada et al v Aluminium Company of Canada*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 495, à la p. 505 (C.A.C.-B.).

[33] La Cour suprême a fourni d’autres détails utiles dans l’arrêt *R. c. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, surtout aux paragraphes 39, 44, 52 et 53 :

Lorsqu’il se prononce sur l’existence du privilège, le juge doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel. Et si la revendication du privilège est établie, le juge doit lui donner pleinement effet. Comme nous l’avons vu, suivant l’arrêt *Personne désignée*, les juges du procès n’ont aucun pouvoir discrétionnaire d’agir autrement.

[...]

Il demeure donc vrai en l’espèce, comme ce l’était dans *Personne désignée*, que, « [a]lors que le juge détermine si le privilège s’applique, la plus grande prudence s’impose en supposant que le privilège s’applique » (par. 47). Nul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l’égard desquels le privilège est revendiqué tant qu’un juge n’a pas déterminé que le privilège n’existe pas ou qu’une exception

permitting defence counsel to hear the testimony of an officer tending to reveal the identity of the putative informant at the “first stage” hearing.

...

Of course, withheld material over which the informer privilege is claimed might in some instances assist the defence, for example, by providing a trail to other relevant and helpful evidence, or in preparing and conducting the cross-examination of Crown witnesses. The withheld material might even be indicative of innocence, while still falling outside the narrow “innocence at stake” exception to the privilege. It is therefore essential that claims of privilege be resolved accurately and fairly, bearing in mind that *ex parte* proceedings raise serious procedural fairness concerns of particular significance in the conduct of criminal prosecutions, where the liberty of the accused is at stake.

Where a hearing is required to resolve a Crown claim of privilege, the accused and defence counsel should therefore be excluded from the proceedings only when the identity of the confidential informant cannot be otherwise protected. And, even then, only to the necessary extent. In determining whether the claim of privilege has been made out, trial judges should make every effort to avoid unnecessary complexity or delay, without compromising the ability of the accused to make full answer and defence. [Emphasis added.]

[34] The strict and literal arguments put forward by Opposing Counsel do not seem to consider their impact on the work of designated judges in warrant applications (under the CSIS Act), certificate proceedings (under IRPA) and section 38 motions (under the *Canada Evidence Act*), amongst others. A brief review of legislative rules of interpretation is required here before describing the impacts of the strict and literal arguments proposed by Opposing Counsel. In *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396, I detailed the accepted modern principles of interpretation at paragraphs 110 to 112, I repeat them here:

s’applique. Il s’ensuit que la juge du procès a commis une erreur en permettant aux avocats de la défense d’entendre le témoignage d’un agent tendant à révéler l’identité de l’indicateur présumé à l’audience constituant la « première étape ».

[...]

Bien sûr, les renseignements retenus à l’égard desquels le privilège de l’indicateur est revendiqué pourraient aider la défense, par exemple en lui fournissant une piste menant à d’autres éléments de preuve pertinents et utiles, ou en l’aidant à préparer et à mener le contre-interrogatoire des témoins du ministère public. Les renseignements retenus pourraient même fournir des indices de l’innocence, sans que s’applique pour autant l’étroite exception de « l’innocence en jeu ». Il est donc essentiel que les revendications de privilège soient tranchées équitablement et avec exactitude, tout en gardant à l’esprit que les procédures *ex parte* soulèvent en matière d’équité procédurale de sérieux problèmes ayant une incidence particulière sur la conduite des poursuites pénales, alors que la liberté de l’accusé est en jeu.

Lorsqu’une audience est requise pour trancher une revendication de privilège présentée par le ministère public, l’accusé et les procureurs de la défense ne devraient donc être exclus de l’instance que si l’identité de l’indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement. Et même alors, seulement dans la mesure qui s’avère nécessaire. En déterminant si la revendication du privilège a été établie, les juges du procès devraient prendre toutes les mesures possibles pour éviter la complexité et les délais inutiles, sans pour autant compromettre la possibilité, pour l’accusé, de présenter une défense pleine et entière. [Non souligné dans l’original.]

[34] Les avocats adverses ne semblent pas tenir compte des répercussions de leurs arguments sur l’interprétation stricte et littérale sur le travail des juges désignés ayant trait aux demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS, aux instances liées aux certificats (en vertu de la LIPR) et aux demandes liées au régime de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, entre autres. Il est nécessaire ici de procéder à un bref examen des règles d’interprétation législative avant de décrire l’incidence des arguments des avocats adverses. Dans la décision *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 R.C.F. 396, aux paragraphes 110 à 112, j’ai exposé en détail les principes d’interprétation modernes et reconnus. Je réitère :

[110] In her book *Sullivan on the Construction of Statutes*, Prof. Sullivan sets forth the classic three-pronged method to interpretation: the ordinary meaning approach using the text of the statute as the primary source, the contextual approach as originally described by Elmer Driedger and refined by the Supreme Court following its endorsement of the method in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 SCR 27, and the purposive approach in order to consider the practical idea behind the enactment of both the relevant section and the statute as a whole, as well as the real world effects of the Court's interpretation. (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed (Markham: Lexis Nexis, 2014) at para 2.1.)

[111] The Federal Court of Appeal, in *X (Re)*, 2014 FCA 249, at paragraphs 68 to 71, summarizes how a statute should be interpreted:

[68] The preferred approach to statutory interpretation has been expressed in the following terms by the Supreme Court:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (SCC), [1998] 1 SCR 27 at paragraph 21. See also: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56 (CanLII), [2001] 2 SCR 867 at paragraph 29.

[69] The Supreme Court restated this principle in *Canada Trustco Mortgage Co. v Canada*, 2005 SCC 54 (CanLII), [2005] 2 SCR 601 at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see 65302 *British Columbia Ltd. v Canada*, 1999 CanLII 639 (SCC), [1999] 3 SCR 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand,

[110] Dans son ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes*, la professeure Sullivan expose la méthode classique d'interprétation en trois volets : l'analyse fondée sur le sens ordinaire, qui utilise le texte de la loi comme source principale, l'analyse fondée sur le contexte telle qu'elle avait initialement été décrite par Elmer Driedger et précisée par la Cour suprême après qu'elle eut accepté la méthode dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 RCS 27, et l'analyse téléologique pour prendre en compte l'idée pratique derrière l'adoption de l'article dont il est question et de la loi dans son ensemble ainsi que les effets réels de l'interprétation de la Cour. (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. [Markham : Lexis Nexis, 2014], au paragraphe 2.1 [Sullivan 2014].)

[111] Dans *X (Re)*, 2014 CAF 249, aux paragraphes 68 à 71, la Cour d'appel fédérale résume la manière dont une loi devrait être interprétée :

[68] La méthode privilégiée en ce qui a trait à l'interprétation des lois a été ainsi définie par la Cour suprême du Canada :

Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC), [1998] 1 RCS 27, au paragraphe 21. Voir aussi *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56 (CanLII), [2001] 2 RCS 867, au paragraphe 29.

[69] La Cour suprême a réaffirmé ce principe par l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54 (CanLII), [2005] 2 RCS 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, 1999 CanLII 639 (CSC), [1999] 3 RCS 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre,

where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[70] This formulation of the proper approach to statutory interpretation was repeated in *Celgene Corp. v Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1 (CanLII), [2011] 1 SCR 3 at paragraph 21, and *Canada (Information Commissioner) v Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25 (CanLII), [2011] 2 SCR 306 at paragraph 27.

[71] Inherent in the contextual approach to statutory interpretation is the understanding that the grammatical and ordinary sense of a provision is not determinative of its meaning. A court must consider the total context of the provision to be interpreted “no matter how plain the disposition may seem upon initial reading” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4 (CanLII), [2006] 1 SCR 140 at paragraph 48). From the text and this wider context the interpreting court aims to ascertain legislative intent, “[t]he most significant element of this analysis” (*R. v Monney*, 1999 CanLII 678 (SCC), [1999] 1 SCR 652 at paragraph 26).

[112] As expressed by the Federal Court of Appeal, both Prof. Côté and Prof. Sullivan, in their most recent works, proclaim that the ordinary meaning approach by itself is no longer sufficient. Rather, both leading authors agree that context is paramount and interpretation is legitimate even if the ordinary meaning seems clear. Prof. Côté indicates:

“[...] [W]e want to note our profound disagreement with the idea that interpretation is legitimate or appropriate only when the text is obscure. This idea is based on the view, incorrect, that the meaning of a legal rule is identical to its literal legislative wording. The role of the interpreter is to establish the meaning of rules, not texts, with textual meaning at most the starting point of a process which necessarily takes into account extra-textual elements. The prima facie meaning of a text must be construed in the light of the other indicia relevant to interpretation. A competent interpreter asks whether the rule so construed can be reconciled with the other rules and principles of the legal system: Is this meaning consistent with the history of

lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative au sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[70] Cet enseignement quant à la bonne méthode à retenir en matière d’interprétation des lois a été rappelé par les arrêts *Celgene Corp. c. Canada (procureur général)*, 2011 CSC 1 (CanLII), [2011] 1 RCS 3, au paragraphe 21, et *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25 (CanLII), [2011] 2 RCS 306, au paragraphe 27.

[71] L’approche contextuelle de l’interprétation des lois est fondée sur l’idée que le sens grammatical et ordinaire d’une disposition n’est pas déterminant quant à son sens. Il faut tenir compte du contexte global de la disposition à interpréter, « même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4 (CanLII), [2006] 1 RCS 140, au paragraphe 48). C’est à partir du libellé et du contexte global que le juge appelé à interpréter le texte recherche l’intention du législateur, qui est « [l]’élément le plus important de cette analyse » (*R. c. Monney*, 1999 CanLII 678 (CSC), [1999] 1 RCS 652, au paragraphe 26).

[112] Comme l’a exprimé la Cour d’appel fédérale, les professeurs Côté et Sullivan, dans leurs plus récents ouvrages, affirment qu’à elle seule, l’analyse fondée sur le sens ordinaire ne suffit plus. Les deux auteurs éminents s’entendent plutôt pour dire que le contexte est primordial et que l’interprétation est légitime même si le sens ordinaire semble clair. Le professeur Côté affirme que :

[TRADUCTION] [...] [n]ous tenons à exprimer notre profond désaccord avec l’idée selon laquelle l’interprétation est légitime ou appropriée seulement lorsque le texte est obscur. Cette idée repose sur le point de vue, incorrect, voulant que le sens d’une règle juridique est identique à une interprétation littérale de son texte. Le rôle de la personne qui interprète consiste à établir le sens des règles, non des textes, au moyen du sens textuel comme point de départ, tout au plus, d’un processus qui prend nécessairement compte d’éléments extratextuels. Le sens à première vue d’un texte doit être interprété à la lumière d’autres critères pertinents pour l’interprétation. Une personne compétente en matière d’interprétation se demandera si la règle ainsi

the text? Do the consequences of construing the rule solely in terms of the literal rule justify revisiting the interpretation? and so on.”

(Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed (Toronto: Carswell, 2011) at 268-269 [“PA Côté 2011”].) [Emphasis added.]

[35] Having generally described my opinion of the arguments presented orally and in writing, the interpretative principles applicable and the scheme surrounding the section 18.1 CSIS human source privilege, and the role of designated judges in applying claims of privilege, I now turn to detailing the potential impact of Opposing Counsel’s position on various areas of law outside the immediate scope of this case. I will also seize this opportunity to hopefully shed some light on the work of designated judges in various types of proceedings.

C. Effects of the new privilege on various areas of law relating to national security

(1) Warrant applications under the CSIS Act

[36] Before the early 2000’s, warrant applications presented to designated judges contained limited information on the CSIS human source involved. Following repeated requests by designated judges, counsel for the CSIS started adding more pertinent information on the CSIS human source to warrant applications. Designated judges rely on such valuable details to assess, examine, and ultimately decide whether a warrant should be issued. The application process has evolved so much over time that a detailed document called a “*précis*” on the topic of the CSIS human source involved must now be included in all warrant applications. The *précis* must be informative, detailed, and address concerns such as the credibility, [***] of the CSIS human source. The document does not explicitly identify the source but provides enough information that, through a proper reading of the affidavit(s) in support of the application [***] the

interprétée peut être conciliée avec les autres règles et principes du système juridique : ce sens est-il compatible avec l’historique du texte? Les conséquences d’une interprétation de la règle reposant uniquement sur son sens littéral justifient-elles une révision de l’interprétation? Et ainsi de suite.

(Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. [Toronto : Carswell, 2011], aux pages 268-269 [PA Côté 2011].) [Non souligné dans l’original.]

[35] Ayant établi les grandes lignes de mon opinion sur les arguments oraux et écrits et ayant décrit les principes d’interprétation applicables, le régime de l’article 18.1 quant au privilège relatif aux sources humaines du SCRS ainsi que le rôle que joue le juge désigné en ce qui a trait à la réclamation du privilège, je m’intéresse maintenant à l’incidence possible de la position des avocats adverses sur des domaines du droit qui dépassent la portée immédiate de la présente affaire. J’en profiterai pour, je l’espère, apporter quelques précisions sur le travail du juge désigné dans différents types d’instances.

C. Effets du nouveau privilège sur différents domaines du droit relatifs à la sécurité nationale

1) Demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS

[36] Avant le début des années 2000, les demandes de mandats présentées aux juges désignés contenaient quelques informations sur la source humaine du SCRS impliquée. Par suite des demandes insistantes de juges désignés, les avocats du SCRS ont commencé à ajouter aux demandes de mandats des informations plus utiles sur les sources humaines. Les juges désignés se fient à ce genre de détails utiles pour évaluer et examiner les demandes et, en fin de compte, décider s’il y a lieu de décerner les mandats. Le processus de demande a tellement évolué au fil du temps que toute demande de mandats doit s’accompagner d’un document détaillé appelé « *précis* » traitant de la source humaine du SCRS impliquée. Informatif et détaillé, le *précis* traite de questions comme la crédibilité, [***] de la source humaine du SCRS. Le document n’établit pas explicitement l’identité de la source, mais donne suffisamment

identity of the CSIS human source could potentially be inferred. [***] Further, the designated judge may have good reasons to ask for the identity of the CSIS human source, as has been done in certain cases. Surely, as Government Counsel argue, the CSIS human source privilege found at section 18.1 of the CSIS Act is not meant to forbid such disclosure.

(2) Certificate proceedings under IRPA

[37] A similar situation arises from security certificate proceedings under the IRPA. Shortly following the genesis of modern security certificate proceedings, designated judges made it a point to ensure that fairness was properly applied. Specifically, they wanted to ensure that they were provided a full and fair portrayal of the facts regarding both general public information and confidential information related to CSIS human sources. The designated judges maintained that they must know such confidential CSIS human source information, if it existed, in order to confirm that it was valid and that the ministers and their counsel were not retaining information of importance which could create an unfair situation for the named person.

[38] In *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, 345 F.T.R. 143, and *Harkat (Re)*, 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149, both mentioned by the Supreme Court in *Harkat* 2014, at paragraph 13, a problematic situation concerning a CSIS human source arose which brought me to actively seek all the information about the source in order to ensure the proper administration of justice. In the end, the identity of the CSIS human source was never communicated to me, the designated judge, but I was provided all the relevant information concerning that person: occupation, whereabouts, marital status, etc. It was a struggle to reach that position of sufficient knowledge to properly assume my judicial duties given that ministers and their counsel, rightly so at the time, vehemently protected the information. This difficult situation gradually progressed to a positive outcome following several discussions, some involving special advocates. Ultimately, I

d'informations pour qu'il soit possible, à la suite d'une lecture attentive des affidavits en appui à la demande [***] de découvrir l'identité de la source humaine. [***] En outre, et cela s'est déjà produit, le juge désigné peut avoir de bonnes raisons de demander à connaître l'identité de la source humaine. Comme le soutiennent les avocats du gouvernement, le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS n'est certainement pas destiné à interdire une communication de ce genre.

2) Instances relatives aux certificats (LIPR)

[37] Les instances relatives aux certificats de sécurité sous le régime de la LIPR donnent lieu à une situation similaire. Peu après la modernisation de ces instances, les juges désignés se sont fait un devoir de faire régner l'équité. En particulier, ils ont veillé à obtenir une vue d'ensemble exhaustive et équitable des faits relatifs tant aux informations publiques qu'aux informations confidentielles concernant les sources humaines du SCRS. Les juges désignés ont soutenu qu'ils doivent prendre connaissance des éventuelles informations confidentielles relatives aux sources humaines du SCRS pour en confirmer la validité et s'assurer que les ministres et leurs avocats ne retiennent pas d'informations importantes, ce qui pourrait placer la personne intéressée dans une situation inéquitable.

[38] Dans les décisions *Harkat (Re)*, 2009 CF 553 et *Harkat (Re)*, 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149, toutes deux mentionnées par la Cour suprême dans l'arrêt *Harkat* 2014, au paragraphe 13, un problème relatif à une source humaine s'est présenté et m'a poussé à chercher activement toutes les informations concernant la source en question afin d'assurer la bonne administration de la justice. En fin de compte, l'identité de la source humaine du SCRS n'a jamais été communiquée au juge désigné, c'est-à-dire moi-même. Toutefois, j'ai eu à ma disposition toutes les informations utiles la concernant : emploi, allées et venues, statut matrimonial, etc. J'ai dû me battre pour, finalement, en savoir assez pour m'acquitter adéquatement de mes fonctions judiciaires. En effet, les ministres et leurs avocats, à juste titre à ce moment, ont protégé ces informations avec ardeur. À la suite de plusieurs discussions, dont certaines avec des

was sufficiently informed and able to address the matters at issue. The remedy I selected to answer the identified breach of the integrity of the Court's processes was to give access to the special advocates to the files on the human source; this solution was exceptional and emanated from the specific facts of the case. Yet, although exceptional, the option to provide such remedy allowed fairness and the proper administration of justice to prevail. Surely the CSIS human source privilege created by section 18.1 of the CSIS Act is not meant to forbid similar disclosure to a designated judge who bears the heavy responsibility of ensuring fairness for the named person and the proper administration of justice.

(3) Section 38 of the *Canada Evidence Act*

[39] In regard to the involvement of designated judges in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act*, it goes without saying that issues concerning CSIS human sources arise. Designated judges, depending on the particulars of each case, sometime seek additional facts surrounding the CSIS human source in order to ensure that they are fully informed and able to properly assume their judicial duties. Such requests for additional information are made by the designated judge him or herself, not necessarily by the *amicus curiae*. In fact, only the designated judge involved receives the information; the *amicus curiae* who may be part of the proceedings, for example by arguing whether or not the designated judge should receive disclosure, does not receive the information.

[40] There may be other, exceptional, circumstances where a designated judge could consider disclosing the information to Opposing Counsel. I will refrain from addressing this topic further, as I am only addressing a single issue with these reasons: whether the CSIS human source privilege is applicable to the designated judge or not.

[41] Again, I posit that Parliament cannot have intended to bar the designated judge from requesting CSIS

avocats spéciaux, cette situation épineuse a progressivement fait place à un résultat favorable. Finalement, j'ai disposé d'assez d'informations et j'ai pu me prononcer. Pour remédier l'atteinte à l'intégrité des procédures de la Cour constaté, en guise de réparation au bri, j'ai décidé de permettre aux avocats spéciaux de consulter les dossiers relatifs à la source humaine. Il s'agissait d'une solution exceptionnelle adoptée en raison des circonstances propres à l'affaire. Néanmoins, la possibilité d'offrir une telle réparation, aussi exceptionnelle a-t-elle été, a permis à l'équité et à la bonne administration de la justice de prévaloir. Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS n'est certainement pas destiné à interdire une communication de ce genre à un juge désigné qui a la lourde tâche d'assurer l'équité à la personne intéressée ainsi que la bonne administration de la justice.

3) Article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

[39] Il va sans dire que la participation de juges désignés aux instances relevant du régime de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* soulève des questions relatives aux sources humaines du SCRS. Tout dépendant des circonstances de l'affaire, il arrive que le juge désigné demande que lui soient communiqués d'autres faits à propos de la source humaine du SCRS pour s'assurer d'avoir en main toutes les informations nécessaires pour exercer adéquatement ses fonctions judiciaires. Le juge lui-même, pas nécessairement l'*amicus curiae*, présente ces demandes d'informations additionnelles. En fait, seul le juge désigné reçoit les informations. L'*amicus curiae* qui peut être partie à l'instance, par exemple en soutenant que le juge devrait (ou pas) se voir communiquer les informations, ne les reçoit pas.

[40] En d'autres circonstances exceptionnelles, il est possible qu'un juge désigné envisage de communiquer les informations aux avocats adverses. Je n'aborderai pas ce sujet, car les présents motifs ne touchent qu'une seule et unique question, à savoir si le privilège relatif aux sources humaines du SCRS s'applique au juge désigné.

[41] Encore une fois, j'avance que le législateur, en créant un privilège relatif aux sources humaines du

human source information in these types of proceedings through enacting the section 18.1 CSIS human source privilege. In brief, preventing the designated judge from obtaining this information would hinder the designated judge from assuming his or her judicial duties and compromise the proper administration of justice.

[42] The circumstances affected by the new section 18.1 CSIS human source privilege I have enumerated above are but examples; there may be other areas of law that will be impacted.

D. *Duty of candour*

[43] Furthermore, on another matter, as decided in *Ruby* and reiterated in *Harkat* 2014, it is now well recognized that counsel for the CSIS have an elevated duty of candour towards the designated judges presiding over *ex parte*, *in camera* hearings which obliges them to be fully frank and open with the Court. Counsel for the CSIS must not only inform the Court of the positive aspects of their case, but also of its downsides, if any. If counsel for the CSIS is concerned with certain information regarding a CSIS human source which may impact the underlying proceeding, does the new section 18.1 CSIS human source privilege bar the judge from receiving notice of these difficulties? This question was put to Opposing Counsel; here is their response:

[Opposing Counsel]: ... You could receive information—and I am sure you have in your warrant cases where they don't reveal the identity of the source, but you know what the source has provided them with, the information that they have given. They can give that because it doesn't reveal the identity of the source and they don't need consent for that. But if they are going to reveal the identity of the source, they need consent.

Justice Noël: Therefore, if they cannot obtain consent, what will they do?

SCRS par l'adoption de l'article 18.1, n'a pas pu avoir l'intention d'interdire au juge désigné de demander des informations sur les sources humaines du SCRS dans ces types d'instances. En bref, empêcher le juge désigné d'obtenir ces informations lui nuirait dans l'exercice de ses fonctions judiciaires et serait préjudiciable à la bonne administration de la justice.

[42] J'ai énuméré plus haut des circonstances dans lesquelles le nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS a une incidence. Ce ne sont que des exemples. En effet, d'autres domaines du droit pourraient être touchés.

D. *Obligation de franchise*

[43] Par ailleurs, comme il a été statué dans l'arrêt *Ruby* et ensuite dans l'arrêt *Harkat* 2014, il est maintenant bien établi que les avocats du SCRS ont une lourde obligation de franchise envers les juges désignés qui président des audiences *ex parte* et à huis clos. Partant, ils doivent faire preuve de franchise et d'ouverture envers la Cour. Les avocats du SCRS sont tenus d'informer la Cour des éléments favorables à leur dossier, mais aussi, s'il y a lieu, de ceux qui ne le sont pas. Cependant, si les avocats du SCRS ont des préoccupations au sujet d'informations relatives à une source humaine du Service qui pourraient avoir une incidence sur l'instance sous-jacente, le nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS interdit-il de signifier ces problèmes au juge? Cette question a été posée aux avocats adverses. Voici leur réponse :

[TRADUCTION]

[Avocats adverses] : [...] Vous pourriez recevoir des informations... et je suis sûr que vous avez eu à vous occuper de demandes de mandats où l'identité de la source ne vous a pas été révélée, mais pour lesquelles vous savez ce que la source leur a donné et les informations qu'ils ont fournies. Ils peuvent les communiquer parce qu'elles ne révèlent pas l'identité de la source, donc ils n'ont pas besoin du consentement. Mais le consentement leur est nécessaire pour révéler l'identité de la source.

Juge Noël : Donc, que feront-ils s'ils ne peuvent pas obtenir le consentement?

[Opposing Counsel]: That's the thing about this statute, and that's the thing that is interesting about this statute, from my perspective.

Justice Noël: What's the next step, then?

[Opposing Counsel]: If they cannot reveal the identity of the source because the source will not consent, then they cannot do that.

Justice Noël: So they are not assuming their duty under Ruby, then.

[Opposing Counsel]: I'm saying that this conflicts with the duty under Ruby. That's my submission to you. And there is no exemption provided for it....

[Transcript, pages 49 and 50.]

[44] Such a result cannot possibly be what Parliament intended as a result of the enactment of section 18.1. If Parliament had wanted to diminish the scope of the duty of candour imposed upon government counsel, it would have addressed this explicitly.

[45] Overall, the consequences of strictly and literally interpreting the new section 18.1 CSIS human source privilege, as proposed by Opposing Counsel, are extreme and would significantly impact the ability of designated judges to ensure fairness and the proper administration of justice. The section 18.1 privilege cannot, in practice, be applicable to the designated judge; the fundamental principles of fairness and justice would otherwise be compromised. Such an interpretation also does not recognize that the judicial duties designated judges must assume shift from proceeding to proceeding and from different spheres of law.

[46] It is my opinion that designated judges, over years of work, have reached an appropriate level of judicial insight and experience into the field of national security. I very much doubt that the legislator intended to destroy years' worth of procedural and substantive jurisprudential evolution when it enacted the section 18.1 CSIS human source privilege.

[Avocats adverses] : À mon avis, c'est le propre de cette mesure législative. C'est ce qu'elle a d'intéressant.

Juge Noël : Alors, quelle est la prochaine étape?

[Avocats adverses] : Ils ne le peuvent pas, s'ils ne peuvent pas révéler l'identité de la source parce qu'elle n'y a pas consenti.

Juge Noël : Donc, ils ne s'acquittent pas de leur obligation au titre de l'arrêt *Ruby*.

[Avocats adverses] : Je dis que cela entre en conflit avec l'obligation au titre de l'arrêt *Ruby*. C'est l'observation que je vous présente. Et il n'y a pas d'exception. [...]

[Transcription, pages 49 et 50.]

[44] Un tel résultat ne peut tout simplement pas être ce que le législateur avait l'intention d'accomplir en adoptant l'article 18.1. S'il avait voulu restreindre la portée de l'obligation de franchise imposée aux avocats du gouvernement, le législateur l'aurait mentionné explicitement.

[45] Dans l'ensemble, l'interprétation stricte et littérale du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 proposée par les avocats adverses aurait des conséquences très graves qui nuiraient énormément à la capacité des juges désignés d'assurer l'équité et la bonne administration de la justice. En pratique, le privilège établi à l'article 18.1 ne saurait s'appliquer aux juges désignés sans porter atteinte aux principes fondamentaux d'équité et de justice. En outre, cette interprétation ne tient pas compte du fait que les fonctions judiciaires dont doivent s'acquitter les juges désignés changent d'une instance et d'un domaine du droit à l'autre.

[46] Je suis d'avis que les juges désignés, après des années de travail, ont acquis suffisamment de discernement et d'expérience sur le plan judiciaire dans le domaine de la sécurité nationale. Je doute fort que le législateur, en adoptant l'article 18.1 qui établit le privilège relatif aux sources humaines du SCRS, ait eu l'intention de réduire à néant des années d'une évolution importante de la jurisprudence et de la procédure.

[47] The proposed strict, literal, and limited textual legislative interpretation, if accepted, would smother many important aspects of the practical application of the national security legal framework. The practical context in which the new section 18.1 privilege operates must be taken into consideration; it must be interpreted as fitting within the framework, not eradicating substantive and procedural rights that have been developed over time with great difficulty. Principles of purposive and contextual legislative interpretation and practical considerations call for giving significant weight to the context in which statutes are enacted and significant weight to the context in which they will operate in practice.

VI. CONCLUSION

[48] In conclusion, near the end of the hearing, Opposing Counsel and I discussed the consequences of their position on the functioning of designated proceedings. To my mind, it is inappropriate to imply that a statute is unconstitutional while not presenting any formal arguments supporting such a claim and expecting the Court to interpret a statutory scheme accordingly. Asking the Court to adopt an interpretation heavy with systemic consequences on the jurisdiction of the Court [***] without properly developed submissions, seems to me to be questionable.

[49] For the purposes of this judgment, I reject the strict and literal interpretation proposed by Opposing Counsel. Based on my reading of the Act as a whole, and on the practical context in which it is applied, I conclude that the section 18.1 CSIS human source privilege cannot be applicable to the designated judge. Accordingly, designated judges can bring up issues regarding disclosure of CSIS human source information *de facto*. A subsection 18.1(4) application is a mechanism available to the parties before the designated judge allowing them to raise the issue of disclosure if necessary. The legislator did not intend to restrict the designated judges' abilities to properly fulfil their duties of ensuring fairness and maintaining the proper administration of justice by limiting their power to question and

[47] Une interprétation stricte, littérale et purement textuelle, comme elle a été proposée, saperait de nombreux aspects importants de l'application pratique du cadre juridique de la sécurité nationale. Il est nécessaire de tenir compte du contexte pratique dans lequel s'applique le nouveau privilège établi à l'article 18.1 et de l'interpréter de manière à ce qu'il s'inscrive dans le cadre, pas de manière à ce qu'il détruise des droits fondamentaux et procéduraux élaborés au fil du temps aux prix de grands efforts. Les principes d'interprétation législative téléologiques et contextuels ainsi que les considérations pratiques donnent une importance considérable au contexte entourant l'adoption des lois et au contexte entourant leur application en pratique.

VI. CONCLUSION

[48] En conclusion, vers la fin de l'audience, les avocats adverses et moi avons discuté des conséquences de leur position sur le fonctionnement des instances désignées. Selon moi, il est inapproprié de laisser entendre qu'une loi est inconstitutionnelle sans présenter d'arguments en bonne et due forme à l'appui et en s'attendant à ce que la Cour interprète un régime législatif en conséquence. Il me semble discutable de demander à la Cour d'adopter une interprétation lourde de conséquences systémiques sur sa juridiction et contraire aux mesures de protection de l'équité procédurale obtenues de haute lutte, et ce, sans observations dûment élaborées.

[49] En l'espèce, je rejette l'interprétation stricte et littérale proposée par les avocats adverses. Me fondant sur ma compréhension de la Loi dans son ensemble et sur le contexte dans lequel elle est appliquée en pratique, je conclus que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 ne saurait s'appliquer aux juges désignés. Partant, ceux-ci peuvent *de facto* soulever des questions touchant à la communication d'informations relatives aux sources humaines du SCRS. Au besoin, si elles estiment que la communication des informations s'impose, les parties à l'instance présidée par un juge désigné peuvent présenter une demande au titre du paragraphe 18.1(4). Le législateur n'avait pas l'intention de restreindre les moyens dont disposent les juges désignés pour s'acquitter adéquatement de

address the appropriateness of communicated information over the course of *ex parte*, *in camera* proceedings.

JUDGMENT

THEREFORE THIS COURT declares that the CSIS human source privilege created pursuant to section 18.1 of the CSIS Act is not applicable to designated judges.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the present reasons shall be reviewed initially by Counsel for the Government to identify, in the public's interest to be informed of legal issues in the national security law, which parts of these judgment and reasons can be made public within five days of the date of the present judgment and reasons. After those five days, Opposing Counsel shall review the redactions suggested within the subsequent five days. Any contentious issues shall be referred to the undersigned within the following three days for determination.

leurs fonctions, c'est-à-dire assurer l'équité et la bonne administration de la justice, en limitant leur pouvoir de remettre en question le caractère approprié des informations communiquées pendant une instance *ex parte* et à huis clos et de prendre les mesures qui s'imposent.

JUGEMENT

LA COUR statue que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne s'applique pas aux juges désignés.

EN OUTRE, LA COUR ORDONNE que, dans l'intérêt du public d'être informé des questions juridiques touchant à la sécurité nationale, les avocats du gouvernement examinent d'abord le présent jugement et les motifs qui l'accompagnent pour déterminer les parties qui peuvent être rendues publiques dans les cinq jours suivant la date des présents jugement et motifs. Une fois ces cinq jours écoulés, les avocats adverses examinent le caviardage proposé dans les cinq jours suivants. Toute question litigieuse doit être soumise au soussigné dans les trois jours suivants pour qu'il se prononce.

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.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision finding applicants inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(b) — Issue before ID whether applicants convicted in Romania of offence that, if committed in Canada, would constitute offence in Canada punishable by maximum term of imprisonment of at least 10 years — ID finding equivalence between criminal statutory provision for deceit in Romania, *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1)(a) — ID reasonably concluding that *mens rea, actus reus* featuring in both provisions — Applicant arguing ID failing to properly address issue of *mens rea* because equivalency analysis not conducted with respect to convictions *in absentia* in Romania and Canada — Whether ID decision unreasonable — Applicant placing *in absentia* argument before ID for consideration, determination — No such thing decided in *Arnou v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1981] F.C.J. No. 1162 (C.A.) (QL) — ID required to render decision upon consideration of *in absentia* argument — ID's decision set aside, matter referred back for redetermination — Application allowed.

SMITH V. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES, AND CITIZENSHIP) (IMM-4394-16, 2017 FC 505, Campbell J., judgment dated May 16, 2017, 7 pp.)

Detention and Release

Application for stay of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division (ID) decision granting respondent conditional release — Respondent, Chinese citizen, permanent resident, found guilty of several criminal charges — ID satisfied conditions imposed ensuring respondent not danger to public safety, not resisting removal order when enforceable — Whether applicant meeting three-prong test in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 86 N.R. 302 (F.C.A.), i.e. whether: serious question to be tried in underlying application, irreparable harm ensuing if stay not granted, balance of inconvenience favouring applicant — Not enough that question not frivolous or vexatious in order to satisfy first element — Test considerably more stringent — Insufficient that question neither frivolous nor vexatious if stay granting applicant relief it seeks via judicial review — Applicant arguing, *inter alia*, ID not sufficiently explaining merit of sponsor proposed in order to gain conditional release for respondent — Referring to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572 wherein ID obligated to explain reasons for departing from previous ID decisions — ID herein not deviating from Federal Court of Appeal case law — Applicant therefore having to demonstrate likelihood of success of underlying application in order for it to be a serious issue, that ID decision granting respondent release was most likely unreasonable — Court not convinced serious issue at hand in present case — Inappropriate for applicant to try to argue that serious issue is what really matters in the end — Existence of irreparable harm not demonstrated — Balance of inconvenience favouring respondent — Application dismissed.

CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) V. SUN (IMM-4317-16, 2016 FC 1186, Roy J., order dated October 21, 2016, 13 pp.)

FOOD AND DRUGS

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2016 FC 381) setting aside Minister of Health decision, subsequent variations, reconsiderations under *Natural Health Products Regulations*, SOR/2003-196 (Regulations) refusing licence for Resolve, product assisting in cessation from smoking — Health Canada, Natural Health Products Directorate initially concluding that Resolve falling within definition of a natural health product (NHP) as defined under Regulations, Schedule 1 — Respondent purchasing rights to Resolve, selling product in Canada in 2006 — Pfizer Canada Inc. (Pfizer) alleging health and safety concerns related to Resolve in complaint to Health Canada — Health Canada requesting stop of sale, advertising of Resolve — Natural Health Products Directorate (NHPD) issuing Notice of Refusal, expressing concerns over, *inter alia*, active ingredient's potential effects on health — Respondent seeking reconsideration, requesting that new process be conducted by different officials than those involved in original licence assessment — NHPD maintaining that Resolve not meeting definition of NHP — F.C. finding, *inter alia*, that Health Canada concluding, on basis of its own criteria, that Resolve properly classified as NHP; that standards upon which Resolve evaluated as NHP were asserted, then changed during reconsideration process; that NHPD's reading of Regulations incorrect, unreasonable; reasonable apprehension of bias arising from consideration of safety of Resolve — Relying on new evidence to support award of *mandamus* compelling Minister to issue natural product licence to respondent — Main issue whether F.C. erring in law in issuing *mandamus*, usurping duty vested in Minister under Regulations — F.C. erring in granting *mandamus* — F.C.'s findings of individual bias having solid foundation; however, of entirely different order to extrapolate those findings to entire department of government — F.C. erring in placing evidentiary onus on Health Canada to affirmatively prove that it could conduct fair, objective redetermination — Predicating its decision to grant *mandamus* on inference that could not be sustained on evidence — Classification of substance as NHP or drug elastic concept — Parameters of Schedule 1, definition of natural health product can be matter of legitimate scientific debate — Evidence on appeal appearing to be debate on scientific question, undermining basis on which F.C. determined that respondent had clear right to licence on record before it — F.C. erring insofar as it relied on new evidence to answer question of classification — Doctrine of *functus officio* limited in context of Minister's mandate to ensure safety of licenced products — Nothing in regulatory scheme supporting position that Minister may not revisit all licensing requirements — Principles of *functus officio* having limited application in context of regulatory approval of products where use may have deleterious impacts on health of consumer — Reading limitation on scope of reconsideration into Regulations, s. 10 to only matters put in issue by respondent inconsistent with governing principle of statutory interpretation — However, power to reconsider all issues not unlimited — Matter remitted to Minister for redetermination — Appeal allowed in part.

CANADA (HEALTH) v. THE WINNING COMBINATION INC. (A-117-16, 2017 FCA 101, Rennie J.A., judgment dated May 15, 2017, 33 pp.)

INCOME TAX

PARTNERSHIPS

Losses — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) order determining that, in two-tiered partnership structure, business losses incurred by lower-tier partnership retaining their character as business losses of top-tier partnership, such losses thus available to be allocated to the partners of the top-tier partnership as business losses — Respondents limited partners in Monarch Entertainment 1994 Master Limited Partnership (MLP) — MLP limited partner in 31 different limited partnerships — Business losses incurred by limited partnerships allocated mostly to MLP, then mostly by MLP to its limited partners, including respondents — At-risk amount of respondents increased after allocation of capital gain by MLP to its limited partners — Each respondent then claiming portion of accumulated limited partnership losses in respect of MLP — Whether T.C.C. correct in determining that business losses could be flowed through from one limited partnership to another limited partnership, then to partners of that second limited partnership retaining their character as business losses throughout — Partnerships not persons, not taxpayers for purposes of *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.1 (ITA) — ITA, s. 96 provision allocating income of partnership to its partners — Providing that source of income earned or loss incurred by partnership maintained by allocating to each partner their share of income or loss from each source of income or loss — ITA, s. 96(2.1) restricting partner's ability to use their share of any losses realized by limited partnership — Appellant arguing, *inter alia*, that s. 96(2.1) applying to MLP as member of lower-tier limited partnerships — As such, losses effectively trapped in MLP as provision allowing partner to claim such losses in the future, ITA, s. 111(1)(e), not applying to MLP as MLP not taxpayer for purposes of that section — Allocation of limited partnership losses by a partnership to its partners not contemplated in s. 96 — Appellant's interpretation of s. 96 problematic — Words "as the case may be" in ITA, s. 96(1) recognizing that not all matters listed necessarily applying to all members of a partnership — Read in context, ITA, s. 96(2.1)(c),(d) only applying to taxpayers required to compute income, non-capital loss under ITA, ss. 3,

INCOME TAX—Concluded

111 — Ss. 3, 111 not applying to partnerships — Parliament not intending to apply restriction on limited partnership losses to MLP-like partnerships as members of another limited partnership, but deny MLP-like partnerships benefit of deduction in future if limited partnership should earn income resulting in increased at-risk amount — Appellant's position requiring MLP to compute income resulting in blending of income, losses from various sources into single amount, i.e. income or loss of top-tier partnership for a particular year — Since ss. 96(1),(2.1) both referring to computation of income, Parliament not intending that computation of income would only apply to partnership that is member of another limited partnership if other limited partnership's net loss exceeding at-risk amount of member in respect of limited partnership — Rather, Parliament intending for sources of income (or loss) to be kept separate, retain their identity as income (or loss) from particular source as allocated from one partnership to another partnership, then to partners of that second partnership — Appeal dismissed.

CANADA V. GREEN (A-38-16, 2017 FCA 107, Webb J.A., judgment dated May 19, 2017, 22 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Application for reference to determine whether applicant having right to require claimant to execute Release and Subrogation Agreement (RSA) as condition precedent to payment of claim — Reference proceeding between applicant, Canadian Coast Guard (CCG) on basis of test case involving claim made by CCG against Ship-source Oil Pollution Fund pursuant to *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, for costs, expenses it incurred in responding to oil spill — CCG containing pollution from sinking vessel, retaining salvor to raise, dewater wreck — Making claim for costs pursuant to Act, s. 103 — Applicant investigating, assessing claim, offering settlement to CCG — CCG accepting offer, but refusing to sign RSA — Applicant advancing herein that RSA no broader than release, subrogation provisions of Act, s. 106(3)(b),(c) — CCG submitting, *inter alia*, that applicant not having authority to require that it execute RSA as condition precedent to payment of valid claim; language of Act, s. 106(3)(a) clear that once offer accepted by claimant, applicant having no further discretion to request or require anything from claimant; applicant cannot demand claimant to execute its RSA as condition precedent to payment — Position advanced by CCG correct in law — Rights of applicant limited to those prescribed by Act, s. 105(1) — Statutory scheme not providing for requirement of execution of release by claimant; release itself provided for in Act — Release by claimants, subrogation rights of applicant are those provided for in Act, s. 106(3)(b),(c).

CANADA (SHIP-SOURCE OIL POLLUTION FUND) V. CANADA (T-1699-16, 2017 FC 530, Zinn J., judgment dated May 30, 2017, 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.

ALIMENTS ET DROGUES

Appel d'une décision (2016 CF 381) de la Cour fédérale (C.F.) annulant une décision, et les modifications subséquentes et réexamens de cette décision, en vertu du *Règlement sur les produits de santé naturels*, DORS/2003-196 (le Règlement) prise par le ministre de la Santé de refuser de délivrer une licence pour le produit d'aide au sevrage tabagique Resolve — La Direction des produits de santé naturels de Santé Canada a initialement conclu que Resolve répondait à la définition d'un produit de santé naturel (PSN), comme il est énoncé à l'Annexe I du Règlement — La défenderesse a acheté les droits à l'égard de Resolve et a vendu le produit au Canada en 2006 — Pfizer Canada Inc. (Pfizer) a allégué des préoccupations pour la santé associées à Resolve dans le cadre d'une plainte à Santé Canada — Santé Canada a demandé de cesser de vendre du Resolve et d'en faire la publicité — La Direction des produits de santé naturels (DPSN) a délivré un avis de rejet, exprimant des préoccupations, entre autres, à l'égard des effets possibles des ingrédients actifs sur la santé — La défenderesse a demandé un réexamen et la tenue d'un nouveau processus par des fonctionnaires différents de ceux qui avaient participé à l'évaluation originale de la licence — La DPSN a maintenu sa position selon laquelle Resolve ne correspondait pas à la définition d'un PSN — La C.F. a jugé, entre autres, que Santé Canada avait conclu, d'après ses propres critères, que Resolve se qualifiait comme un PSN; que les normes d'après lesquelles Resolve a été évalué comme étant un PSN avaient été confirmées, puis modifiées durant le processus de réexamen; que l'interprétation du Règlement par la DPSN était incorrecte et déraisonnable; et qu'une crainte raisonnable de partialité découlait de l'examen de l'innocuité du Resolve — La Cour s'est fondée sur de nouveaux éléments de preuve pour appuyer la délivrance d'une ordonnance de *mandamus* obligeant le ministre à délivrer une licence de produit naturel à la défenderesse — Il s'agissait principalement de savoir si la C.F. a commis une erreur de droit en rendant une ordonnance de *mandamus* et en usurpant le pouvoir conféré au ministre par le Règlement — La C.F. a commis une erreur en rendant une ordonnance de *mandamus* — Les conclusions de la C.F. concernant la partialité individuelle reposaient sur un fondement solide, mais c'est une tout autre chose d'extrapoler ces conclusions à l'ensemble d'un ministère du gouvernement — La C.F. a commis une erreur en plaçant le fardeau de la preuve sur Santé Canada et en l'obligeant à prouver de façon affirmative qu'elle pouvait procéder à un réexamen équitable et objectif — Elle a fondé sa décision de rendre une ordonnance de *mandamus* sur une inférence qui ne pouvait être étayée par la preuve — La classification d'une substance comme un PSN ou un médicament est un concept élastique — Les paramètres de l'Annexe 1 et la définition d'un produit de santé naturel peuvent être une question de débat scientifique légitime — Les éléments de preuve en appel portaient sur ce qui semble être une question scientifique et nuisent au fondement sur lequel la C.F. a déterminé, d'après le dossier dont elle était saisie, que la défenderesse avait un droit évident à une licence — La C.F. a commis une erreur en se fondant sur de nouveaux éléments de preuve pour répondre à la question de la classification — La doctrine du *functus officio* est limitée dans le contexte du mandat du ministre d'assurer l'innocuité des produits faisant l'objet d'une licence — Rien dans le régime réglementaire n'appuie la position selon laquelle le ministre ne peut pas réexaminer toutes les exigences en matière de licence — L'application des principes du *functus officio* est limitée lorsqu'il est question d'une approbation réglementaire d'un produit dont l'utilisation pourrait avoir des effets néfastes sur la santé des consommateurs — Le fait d'interpréter que le réexamen prévu à l'art. 10 du Règlement se limite aux questions mises en cause par la défenderesse est incompatible avec le principe gouverneur de l'interprétation des lois — Cependant, le pouvoir de réexaminer toutes les questions n'est pas illimité — L'affaire a été renvoyée au ministre aux fins d'une nouvelle décision — Appel accueilli en partie.

CANADA (SANTÉ) C. THE WINNING COMBINATION INC. (A-117-16, 2017 CAF 101, juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 15 mai 2017, 33 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle les demandeurs étaient interdits de territoire aux termes de l'art. 36(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — La question dont la SI était saisie était de savoir si les demandeurs ont été reconnus coupables en Roumanie d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, constituerait une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans — La SI a jugé qu'il y a équivalence entre la disposition législative criminelle relative à l'escroquerie en Roumanie et l'art. 380(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 — La SI est parvenue à la conclusion raisonnable que la *mens rea* et l'*actus reus* sont des éléments présents dans les deux dispositions — Les demandeurs ont soutenu que la SI n'a pas abordé adéquatement la question de la *mens rea* parce qu'elle n'a pas effectué d'analyse de l'équivalence à l'égard des condamnations *in absentia* en Roumanie et au Canada — Il s'agissait de savoir si la décision de la SI était déraisonnable — Les demandeurs ont présenté un argument relatif aux condamnations *in absentia* devant la SI afin qu'elle l'examine et rende une décision — Cette question n'a pas été tranchée dans l'arrêt *Arnow v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1981] F.C.J. No. 1162 (C.A.) (QL) — La SI était tenue de rendre une décision après avoir examiné l'argument relatif aux condamnations *in absentia* — La décision de la SI a été annulée et l'affaire a été renvoyée aux fins d'une nouvelle décision — Demande accueillie.

SMITH C. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ) (IMM-4394-16, 2017 CF 505, juge Campbell, jugement en date du 16 mai 2017, 7 p.)

Détention et mise en liberté

Demande de sursis à l'égard d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada d'accorder à la défenderesse une mise en liberté sous conditions — La défenderesse est une citoyenne chinoise qui a obtenu le statut de résidente permanente et a été reconnue coupable de plusieurs accusations criminelles — La SI était satisfaite qu'elle pouvait imposer des conditions à la défenderesse qui feraient en sorte qu'elle ne constituerait pas un danger pour la sécurité publique ou qu'elle ne se soustraira pas au renvoi lorsqu'il sera devenu exécutoire — Il s'agissait de savoir si le demandeur a satisfait au test tripartite tiré des arrêts *RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, et *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1988 CanLII 1420 (C.A.F.), c.-à-d. si une question sérieuse doit être débattue dans le recours sous-jacent, si un préjudice irréparable s'ensuivra si le sursis n'est pas accordé et si la balance des inconvénients favorise le demandeur de sursis — Il ne suffit pas pour satisfaire au premier élément du test que la question ne soit ni frivole, ni vexatoire — Le test est sensiblement plus élevé — Si le sursis donne au demandeur de sursis le remède auquel il aspire sur contrôle judiciaire, le fait que la question ne serait ni vexatoire ni futile ne suffit pas — Le demandeur a soutenu entre autres que la SI n'a pas suffisamment expliqué la qualité du garant offert pour obtenir la remise en liberté de la défenderesse — Le demandeur s'est réclamé de la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572 où la SI avait l'obligation d'expliquer clairement la raison pour laquelle elle n'a pas suivi le raisonnement des décisions antérieures de la SI — En l'espèce, la SI n'a pas passé outre à la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale — Le demandeur devait donc démontrer la vraisemblance de la question sous-jacente pour qu'elle soit une question sérieuse et démontrer que vraisemblablement, la décision de la SI d'accorder à la défenderesse une remise en liberté était déraisonnable — La Cour n'a pas été convaincue qu'une question sérieuse se posait en l'espèce — Il n'est pas approprié de tenter de prétendre que ce qui importe en fin de compte est la question sérieuse — L'existence du préjudice irréparable n'a pas été démontrée — La balance des inconvénients favorisait la défenderesse — Demande rejetée.

CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) C. SUN (IMM-4317-16, 2016 CF 1186, juge Roy, ordonnance en date du 21 octobre 2016, 13 p.)

DROIT MARITIME

PRATIQUE

Demande de renvoi afin qu'il soit déterminé si l'administrateur a le droit d'exiger du demandeur qu'il exécute l'entente de désistement et de subrogation (EDS) comme condition préalable au paiement de sa demande d'indemnisation — Le renvoi entre

DROIT MARITIME—Fin

l'administrateur et la Garde côtière canadienne (GCG) était fondé sur une cause dont la solution fait jurisprudence portant sur une demande présentée par la GCC à la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires en application de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, pour les frais engagés lors d'une intervention à la suite d'un déversement d'hydrocarbures — La GCC a contenu la pollution causée par le navire échoué et a retenu les services d'un sauveteur pour renflouer le navire et en retirer l'eau — Elle a présenté une demande en recouvrement de créance conformément à l'art. 103 de la Loi — Après enquête et évaluation de la demande en recouvrement, l'administrateur a présenté une offre de règlement à la GCC — La GCC a accepté l'offre, mais a refusé de signer l'EDS — L'administrateur a soutenu en l'espèce que la portée de l'EDS ne dépasse pas celle des dispositions prévues aux art. 106(3)b) et c) de la Loi en matière de mainlevée et de subrogation — La GCC a soutenu entre autres que l'administrateur n'a pas qualité pour exiger l'exécution de l'EDS comme condition préalable au paiement d'une créance valide; que le libellé de l'art. 106(3)a) établit clairement que, lorsque le demandeur accepte l'offre d'indemnité de l'administrateur, ce dernier n'a plus aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de demander ou d'exiger quoi que ce soit du demandeur; et que l'administrateur ne peut pas exiger que le demandeur exécute l'EDS comme condition préalable au paiement — La position soutenue par la GCC est correcte en droit — Les droits de l'administrateur se limitent à ceux prescrits par l'art. 105(1) de la Loi — Le texte législatif n'exige pas l'exécution d'une mainlevée de la part du demandeur, la mainlevée proprement dite étant prévue dans la Loi — La mainlevée exigée des demandeurs et les droits de subrogation de l'administrateur se limitent à ceux énoncés aux art. 106(3)b) et c).

CANADA (CAISSE D'INDEMNISATION DES DOMMAGES DUS À LA POLLUTION PAR LES HYDROCARBURES CAUSÉE PAR LES NAVIRES) C.
CANADA (T-1699-16, 2017 CF 530, juge Zinn, jugement en date du 30 mai 2017, 17 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Pertes — Appel d'une ordonnance de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) déterminant que, dans une structure de société de personnes à deux niveaux, les pertes d'entreprise subies par la société de personnes de deuxième niveau conservent leur caractère de pertes d'entreprise de la société de personnes de premier niveau et peuvent donc être attribuées aux associés de la société de personnes de premier niveau comme pertes d'entreprise — Les intimés sont des commanditaires dans la société de personnes en commandite Monarch Entertainment 1994 Master Limited Partnership (MLP) — MLP est commanditaire de 31 sociétés de personnes en commandite différentes — Les pertes d'entreprise subies par les sociétés de personnes en commandite ont été attribuées principalement à MLP, puis principalement de MLP à ses commanditaires, y compris les intimés — Les fractions à risque des intimés ont augmenté après l'attribution d'un gain en capital par MLP à ses commanditaires — Chaque intimé a réclamé une partie des pertes accumulées par la société de personnes en commandite à l'égard de MLP — Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a eu raison de déterminer que les pertes d'entreprise pouvaient être transférées d'une société de personnes en commandite à une autre, puis aux commanditaires de cette deuxième société de personnes en commandite tout en conservant leur caractère de pertes d'entreprise — Les sociétés de personnes ne sont pas des personnes, ni des contribuables aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (LIR) — L'art. 96 de la LIR attribue le revenu d'une société de personnes à ses associés — Il stipule que la source du revenu gagné ou de la perte subie par la société de personnes est conservée par l'attribution à chaque associé de sa part du revenu ou de la perte provenant de chaque source de revenu ou de perte — L'art. 96(2.1) de la LIR restreint la capacité de l'associé à utiliser sa part de toute perte subie par la société de personnes — L'appelante a soutenu entre autres que l'art. 96(2.1) s'applique à MLP parce qu'elle est membre de sociétés de personnes en commandite de deuxième niveau — Par conséquent, les pertes seraient effectivement bloquées chez MLP, car la disposition permettant à un commanditaire de réclamer ces pertes à l'avenir est l'art. 111(1)e) de la LIR, qui ne s'applique pas à MLP parce qu'elle n'est pas un contribuable aux fins de cette disposition — L'attribution des pertes d'une société de personnes en commandite par une société de personnes à ses commanditaires n'est pas envisagée à l'art. 96 — L'interprétation qu'a fait l'appelante de l'art. 96 est problématique — L'expression « selon le cas » (« *as the case may be* ») à l'art. 96(1) reconnaît que ce ne sont pas toutes les situations énumérées à cet article qui s'appliquent nécessairement à tous les associés d'une société de personnes — Lu en contexte, les art. 96(2.1)c) et d) de la LIR ne s'appliquent qu'aux contribuables tenus de calculer leurs revenus et leurs pertes autres qu'en capital conformément aux art. 3 et 111 de la LIR — Les art. 3 et 111 ne s'appliquent pas aux sociétés de personnes — Le législateur n'avait pas l'intention d'imposer des restrictions aux pertes des sociétés de personnes en commandite comme MLP en tant qu'associé d'une autre société de personnes en commandite, mais plutôt d'interdire aux sociétés de personnes de déduire les pertes à l'avenir si la société de personnes en commandite gagnait des revenus qui entraînent une augmentation de la fraction à risque — La position de l'appelante obligerait MLP à calculer les revenus, ce qui donnerait lieu à une répartition à parts égales du revenu et des pertes provenant de différentes sources en un seul montant, c.-à-d. le revenu ou la perte de la société de

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

personnes de premier niveau pour une année donnée — Comme les art. 96(1) et (2.1) font tous deux mention du calcul des revenus, le législateur n'avait pas l'intention que le calcul du revenu s'applique uniquement à une société de personnes en commandite qui est associée à une autre société de personnes en commandite si celle-ci a une perte nette supérieure à la fraction à risque de l'associé à l'égard de la société de personnes en commandite — Il avait plutôt l'intention que les sources de revenu (ou des pertes) restent distinctes et conservent leur caractère de revenus (ou de perte) provenant d'une source quelconque puisqu'elles sont attribuées d'une société de personnes à une autre, puis aux commanditaires de cette deuxième société — Appel rejeté.

CANADA C. GREEN (A-38-16, 2017 CAF 107, juge Webb, J.C.A., jugement en date du 19 mai 2017, 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, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3